سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان

The Authority of the Judge to Modify The Content of Contract of D'adhesion

إعداد الطالب

علي مصبح صالح الحيصة

إشراف الدكتور

مهند عزمي أبو مغلي

رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

2011

تفويض

أنا الطالب **علي مصبح الحيصة** أُفوّض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً للمكتبات، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: علي مصبح الحيصة.

التاريخ: ٢/١/٢٠١٢

التوقيع: ....

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها: "**سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعــان**"
وأجيزت بتاريخ ٢ / ١ / ٢٠١٢

أعضاء لجنة المناقشة

١- الدكتور مهند ابو مغلي .... رئيسا ومشرفاً. جهة العمل: التوقيع

٢- الدكتور .... عضواً. جهة العمل:

٣- الدكتور محمد الرحيمي .... عضواً خارجياً. جهة العمل:

الشكر والتقدير

أتقدم بجزيل الشكر والتقدير وعظيم الامتنان إلى أستاذي الفاضل **الدكتور مهند أبو مغلي** لتفضله بالإشراف على رسالتي، وقدّم لي كل ما لديه من معلومات أسهمت في إثراء الرسالة.
وأشكر كذلك أعضاء لجنة المناقشة الموقرة لكدّهم واجتهادهم في دراسة الرسالة ومراجعتها والإشارة بملاحظات مفيدة هي عندي موضع احترام وتقدير.
ولا يفوتني، أن أعبر عن شكري لأعضاء الهيئة التدريسية الأفاضل.

علي الحيصة

الإهداء

أهدي هذا الجهد المتواضع إلى من أوصاني ربي بهما خيراً.
إلى **والديّ العزيزين** رمز المحبة والعطاء.
إلى رفيقة دربي أم ربى.
إلى روح جدتي........... الطاهرة.
وإلى كل من أسهم في إتمام هذا الجهد.

الباحث

علي مصبح صالح الحيصة

الفهرس

المحتـــــــــــــــوى

سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان

إعداد الطالب
علي مصبح الحيصة

إشراف الدكتور
مهند أبو مغلي

الملخص

هدفت هذه الدراسة إلى **تسليط الضوء على سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية الواردة بعقود الإذعان، حماية للطرف المذعن**، وكذلك دور القاضي في تفسير تلك العقود، إذ إن مشكلة الدراسة أنه لا **وجود للتوازن العقدي بين طرفي العلاقة التعاقدية**، فطرف قوي متمثل بالموجب يملي شروطه وآخر طرف ضعيف (مذعن)، إذ إن هذه العقود تشهد انتشاراً واسعاً، تكاد تشمل كافة مناحي الحياة، مثل عقود النقل، الكهرباء، المياه، التأمين، وغير ذلك.

ويرجع تناولنا لهذا الموضوع لدقته وأهميته وتأثيره المباشر على **الاستقرار الاقتصادي**، وقامت هذه الدراسة على بيان أهم جوانب القوة والضعف للنصوص القانونية (في القانون المدني الأردني) التي أشير فيها لهذه العقود (عقود الإذعان) ومدى سلطة القاضي في الحد من شروطها التعسفية، كما هو مبين بفصول وتوصيات هذه الدراسة.

Abstract

This study aims at shedding light upon the judge authority of amending or exempting from the arbitrary conditions stated in compliance contracts in order to protect the compliant body, and the role of judge in interpreting such contracts. Since the problem of the study states that there is no contractual balance between the contracting parties, as there are a powerful party embodied in the first party who imposes the conditions and the weak party (compliant). Such contracts are widely spread on the point of covering all aspects of the life such as, contracts of transportation, electricity, water, insurance and etc.

I take up this subject due to its accuracy, importance, and its direct effect upon economic stability. This study tries to explain the most important strengths and weaknesses of the legal provisions (in the Jordanian civil law) in which such contracts are mentioned (compliance contracts) and the judge authority to restrict their arbitrary conditions as detailed in chapters and recommendations of this study.

الفصل الأول

المقدمة:

1- تمهيد:

إن تطور العقود على مر العصور **هو ثمرة** التطور الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والمادي، وأن بلادنا التي تشهد نمواً اقتصادياً وثقافياً واجتماعياً ملحوظاً ليدفعنا إلى مناقشة موضوع من أهم المواضيع التي تفرضها الحياة المعاصرة[1]، وهو عقد الإذعان.

والهدف الأساسي من عقود الإذعان وخصوصاً بعد اتساع دائرة النشاط الاقتصادي وظهور المشروعات والشركات الاحتكارية، **أصبح أن أحد المتعاقدين يستغل غالباً بوضع شروط التعاقد مقدماً وبشكل لا يسمح بقبول المناقشة فيها من الطرف الآخر**، يقتصر دور الأخير إما على قبول الصفقة برمتها وإما أن يرفضها، دون أن يكون له الحق في تعديلها، وغالباً ما يضطر المتعاقد الآخر إلى هذا القبول لتعلق موضوع التعاقد بمرفق أساسي لا غنى عنه مثل عقود النقل والتأمين والكهرباء وما شابه ذلك.

عقد الإذعان كما عرفه جانب من الفقه، بأنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"[2].

"ولقد احتدم الجدل في أوساط الفقه والقضاء حول طبيعة عقود الإذعان، ويرجع ذلك إلى أن مثل هذه العقود تتميز بطريقة خاصة في تكوينها، انعكس على طريقة تفسيرها التي تختلف عن قواعد التفسير العادية.

---

(1) لعشب، محفوظ بن حامد، (1998). عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، مكتبة الجامعة الأردنية، ص1.

(2) الصدة، عبد المنعم (1958). محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، الجزء الأول، ص 91.

إذ ارتبطت طرق التفسير بالنظرة إلى الطبيعة القانونية لهذه العقود فيراعى في تفسيرها العدالة وحسن النية فتتسع فيها سلطة القاضي التقديرية في التفسير عن سلطته في العقود بصفة عامة"[1].

هذا وقد أثارت طبيعة عقود الإذعان إشكالاً في الفقه، فذهب بعض من الفقهاء وغالبيتهم من فقهاء القانون العام (منهم هوريو، ديجي)، إلى إنكار صفة العقد عليها، غير أن غالبية الفقهاء وأكثرهم من فقهاء القانون المدني (منهم جونو) لم يسلموا بهذا الرأي الذي ينتهي باعتبار عقد الإذعان مركزاً قانونياً منظماً (Institution)، بل يرون في الإذعان عقداً بالمعنى القانوني، لأنه يتم بتوافق الإرادتين[2].

ودار الخلاف الفقهي أيضاً حول وجود سلطة تقديرية للقاضي، فالاتجاه القائل برفض وجود سلطة تقديرية للقاضي، يذهب هذا الاتجاه بأن سلطة القاضي أثناء مباشرته القضاء ليست تقديرية، وإنما هي سلطة مقيدة بغايات العمل القضائي، فالنشاط القضائي له مصدر واحد هو المشرع الذي يحدد نطاق سلطة القاضي، ويؤسس رأيهم على أن إباحة النشاط التقديري للقاضي يؤدي إلى الكثير من التضارب في الأحكام وعدم الاستقرار في العمل ويفسح المجال لتحكم القضاة، مما يؤدي في النهاية إلى ميل ميزان العدالة [3].

والاتجاه القائل بوجود سلطة تقديرية للقاضي حيث أنه لا مناص من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في ممارسته النشاط القضائي سواء تعلق الأمر بفهم الواقع أو بأعمال القانون، حيث لا يمكن إعمال السلطة القضائية دون تقدير مسبق للواقع والقانون، ومن ثم يمكن القول: إن للقاضي المدني الفصل في المنازعات بين الأفراد بما يتفق وصحيح القانون، وله في هذا الصدد سلطة تقديرية تخوله ان يطوع النص القانوني ويفسره طبقاً لحاجة المجتمع، دون أن تصل هذه الحرية إلى

---

[1] عبد السلام، سعيد (1992). سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، القاهرة، ص 4.
[2] سلطان، أنور (1998). الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصدر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص 69.
[3] عبد الفتاح، عزمي (1983). تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار الفكر العربي، ص194 وبعدها. مشار في، بن حديد، إبراهيم (2005). السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، ص7.

حد أن يضع القاضي نصوص القوانين لأن هذا يعد من صميم اختصاص المشرع وحده[1].

إذا للقاضي سلطة تقديرية في التشريعات القضائية وتطبيقاتها، وأن سلطته قد تكون أيضاً من باب الحكم بالقناعة المسببة والمنضبطة بالضوابط التي تكفل لها مجافاة الهوى والمزاج، وحيث أن أصبح القاضي ينصاع لنصوص ومواد القانون قد تقلصت هذه السلطة من جانب، ومن جانب آخر كان هناك تدقيق على العمل القضائي في بعض الأحيان وبخاصة في الأحكام التي تكون مبنية على قناعة القاضي[2].

ولما كان العقد يعد وسيلة من وسائل العلاقات الاجتماعية التي يجب أن تنتظم في إطار القواعد القانونية السائدة في المجتمع تبدو أهمية الحماية القضائية في المطابقة بين مختلف العلاقات الاجتماعية والاقتصادية، ومكمن الصعوبة هنا أن القاضي يعبر من خلال حكمه عن مفهوم ذاتي لمضمون الالتزام الذي تعلق به هذا التعبير وأن القاضي أولاً وأخيراً رجل قانون يتعمق في دراسة القواعد القانونية ويتأثر بالنظريات الفقهية والاجتهادات القضائية السائدة في مجتمعه، فالقاضي يقوم بنشاط ذهني يمارسه تجاه النزاع المثار أمامه بصدد عقد معين يباشره خلال مراحل تكوين العقد[3].

فالسلطة الممنوحة للقاضي في تعديل وتفسير عقود الإذعان، أشار إليها المشرع بنصوص المواد 204، 240 في القانون المدني الأردني، فنص المادة 204: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، وحتى يوضع هذا النص موضع التنفيذ لم يكن هناك مناص من النص على بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك[4].

---

(1) بن حديد، إبراهيم، المرجع السابق، ص 11.

(2) عقل، العمري (2008). بحث منشور في مجلة الدراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد رقم 3، العدد 2، الجامعة الأردنية، ص476.

(3) بن حديد، إبراهيم، مرجع سابق، ص 2. انظر في، د.نبيل إسماعيل عمر (1984). سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، بند5 ص11، منشأة المعارف، الإسكندرية.

(4) مدغمش ودحمان، (2004). موسوعة شرح القانون المدني الأردني، الجزء الخامس، ص 47.

ولاسيما إذا ما علمنا أن هذه العقود تتضمن شروطاً كثيرة يقبلها الطرف المذعن قبول أعمى مرده الثقة ويجهل هذه الشروط ويغم عليها معناها[1].

وأيضاً جاء بنص المادة 240: "1- يفسر الشك في مصلحة المدين، 2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقد الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"، حيث أن أول ما يعرض على القاضي في شأن العقد هو تفسيره إذا كان في حاجة إلى التفسير، وتفسير العقد هو استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين[2].

وإذا كان المشرع الأردني قد اعترف بقيام مثل هذه العقود بمجرد تسليم القابل بها، إلا أنه سمح للقاضي بالتدخل لمصلحة الطرف المذعن إذا عرض النزاع أمامه كما جاء بنص المادة 204 والمادة 240 في القانون المدني الأردني، "وقد يتدخل المشرع مباشرة لرفع التعسف الذي يقع على الطرف المذعن دون حاجة إلى تدخل القضاء، كما هو الحال في عقد العمل حيث يتدخل في كثير من الحالات لمصلحة العامل والأمر نفسه بالنسبة للمستهلك"[3].

من هنا كان لابد من الوقوف وبشكل متأن أمام تلك النصوص التي جاء بها المشرع حول عقد الإذعان، سواء في القانون المدني، أو في بعض القوانين العربية الأخرى المتعلقة بهذا الموضوع.

2- مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة هذه الدراسة، في أن أحد الطرفين يكون من القوة من الناحية الاقتصادية (الطرف الموجب) بحيث يفرض إرادته على الطرف الآخر (الطرف المذعن) فيعرض عليه شروطاً معدة مسبقاً يتعين عليه قبولها أو رفضها دون مناقشة، وخصوصاً في البلدان النامية فإن الإذعان فيها أكثر انتشاراً، إذ يكاد يمس كل العقود وذلك مرجعه إلى تركز الاحتكار لدى شركات أو مؤسسات عامة أو

---

(1) الناهي، صلاح الدين، (1950). الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، بحث موازن بين أحكام المعاملات المالية الشرعية والمدنية المرعية في بلاد الجامعة العربية، بغداد، مكتبة المرحوم المحامي فؤاد عبد الهادي، ص 44.

(2) مدغمش ودحمان، مرجع سابق، ص 213.

(3) السرحان، خاطر (2000). شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، مكتبة الجامعة الأردنية، ص 73.

خاصة تابعة أو حتى غير تابعة للدولة وتحت حمايتها، وهذا يمكنها من فرض شروطها دون أن تعترضها أي مناقشة من الطرف الضعيف.

كذلك تكمن المشكلة بأن التشريعات الحالية والسلطة الممنوحة للقضاء غير كافية في مواجهة تلك العقود "حيث أن هذه العقود تكون في صيغة مطبوعة تنطوي على كثير من الدقة والتعقيد لا يفهمها الشخص العادي وتتضمن عادةً شروطاً كثيرة في صالح الموجب"[1].

وهذا واضح بعدة عقود منها عقد التأمين وهو من عقود الإذعان التي يقوم بها المؤمن بطباعة نماذج للعقد يضع بها شروطه التي لا يقبل النقاش بها وما على المؤمن سوى القبول والتسليم بها باعتباره الطرف الضعيف.

3- هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة بشكل عام إلى ما يلي:

دراسة التفاصيل المتعلقة بسلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان والوقوف على ذلك من خلال البحث في نشأة وماهية عقود الإذعان وسلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان المتضمن شروطاً تعسفية بحق الطرف المذعن وتفسير العبارات الغامضة بعقد الإذعان وذلك وفق نصوص المواد التي وردت في القانون المدني الأردني رقم 43/ لسنة 1976 (104، 204، 240)، ونصوص قانونية أخرى ذات علاقة وكذلك ما يقابلها من نصوص أخرى في بعض القوانين العربية والأجنبية (القانون المدني المصري والعراقي والفرنسي وأخرى).

---

[1] الصدة، عبد المنعم، مرجع سابق، ص93.

4- أهمية الدراسة:

تنبع أهمية هذه الدراسة في ضرورة الوقوف على طبيعة هذه العقود لما لها من دور في السيطرة والاحتكار من طرف الموجب بالشروط التي يمليها في مسائل وأمور لا يستطيع الطرف المذعن الاستغناء عنها ولا العيش بدونها، لذا من الضروري المراجعة المستمرة لهذه العقود والوقوف ضد الشروط التعسفية، والمطبوعة والمعدة مسبقاً بكل دقة وتعقيد.

كما تكمن أهمية الدراسة في توفير مظلة قانونية لحماية الطرف المذعن من استغلال وفرض الشروط من قبل الموجب والتفوق الاقتصادي الذي يتمتع به فلا بد من حماية الطرف المذعن من إملاءات الطرف القوي (الموجب) من الشروط المجحفة كما هو في عقود الاشتراك بالخدمات العامة وغير ذلك وأن الاستفادة المتوخاة من هذه الدراسة بتوجيه المستهلك باعتباره الطرف المذعن وتثقيفه بمعرفة مدى الضرر الذي يلحق به من الشروط التعسفية الواردة بعقود الإذعان ولابد من تثقيف المجتمع والعامة بضرورة مواجهة تلك الشروط بالطرق القانونية المتاحة. وسنقف من خلال هذه الدراسة على القصور في التشريعات والقوانين الناظمة لهذه العقود.

5- أسئلة الدراسة:

تأتي هذه الدراسة للإجابة عن الأسئلة التالية:

1- ما طبيعة عقود الإذعان؟

2- هل للقاضي سلطة في تعديل مضمون هذه العقود؟

3- هل يستطيع القاضي التدخل لصالح الطرف المذعن حماية له من الشروط التعسفية؟

4- هل يستطيع القاضي إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية؟

5- هل للقاضي سلطة في تفسير العبارات الغامضة في عقد الإذعان؟

6- هل مسألة إعطاء سلطة جوازية للقاضي في التعديل والإعفاء من الشروط التعسفية كافية للحد من تعسف الطرف الموجب؟

7- هل إعطاء الصلاحية للقاضي للتدخل في حماية الطرف المذعن، شريطة إدعاء المتضرر كافية للحد من الشروط التعسفية؟

8- هل يستطيع القاضي التدخل لصالح الطرف المذعن وخصوصاً بالعقود الكبيرة والتي تكون حكراً على مؤسسات معينة في حال تضمنت إجحاف بحق الطرف المذعن؟

9- هل تشكل عقود الإذعان المنظمة في الوقت الحاضر خصوصاً في البلدان التي في طور النمو، خطراً على الطرف المذعن؟

10- هل أن النصوص القانونية الموجودة حالياً كفيلة للحد من تغول الموجب واضع شروط الإذعان بحق المذعن؟

11- هل سبق أن تمت مواجهة شروط الطرف القوي (الموجب) وخصوصاً في دول العالم الثالث لصالح المجتمعات؟

6- حدود الدراسة:

الحدود المكانية: القوانين والتشريعات الأردنية وبعض التشريعات العربية والأجنبية.

الحدود الزمانية: العام 2011.

7- مصطلحات الدراسة:

1- العقد: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"، وهذا التعريف مأخوذ من نص المادة 87 من القانون المدني الأردني رقم 43/لسنة 1976.

2- عقد الإذعان: "هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها"[(1)].

3- القبول في عقد الإذعان: "إذعان وانضمام، فالموجب يعرض إيجابه في شكل نهائي ولا يقبل المناقشة فيه، ولا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذ لا غنى له عن التعاقد"[(2)].

4- السلطة التقديرية للقاضي المدني: النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه هذا النشاط وعلاقته بالواقع والقانون"[(3)].

5- تعديل العقد: "فتعديل العقد في اصطلاح فقهاء القانون يقصد به إجراء تغيير جزئي في العقد ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره، أو بند من بنوده وذلك إما بالحذف أو بالإضافة أو غير ذلك على أن يصل هذا التغيير في أقصى مداه إلى إزالة العقد أو الإنقاص منها أو الزيادة"[(4)].

6- التفسير القضائي: "هو الذي يمارسه القضاة – بحكم وظيفتهم القضائية – أثناء نظرهم في الدعاوى التي ترفع إليهم حتى يتوصلوا إلى حكم القانون في تلك الدعاوى أو بمعنى آخر **يتكون التفسير القضائي** من مجموع التفسيرات التي يقوم

---

(1) الصدة، عبد المنعم، مرجع سابق، ص 91.

(2) السنهوري، عبد الرزاق (1998). نظرية العقد، الجزء الأول، مشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ص 282.

(3) عقل والعمري، مرجع سابق، ص 479.

(4) الخطيب، محمد (1992). سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري، والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص1.

بها القضاة بمناسبة المنازعات المطروحة عليهم، وهو ما يسمى أيضاً بالسوابق القضائية"[1].

8- الإطار النظري والدراسات السابقة:

أولاً: الإطار النظري:

عقد الإذعان (contract of adhesion) في التقنيات المدنية العربية الحديثة: "هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"[2].

فعقود الإذعان تؤثر على سير الحياة، إذ إن الاحتكار الأساس بموجب هذه العقود دون مراعاة لمصلحة الطرف الضعيف، ورغم ذلك فإن منح السلطة القضائية صلاحيات من شأنها توفير حماية للطرف المذعن، فدور القاضي عند اكتشافه بوجود شرط تعسفي فيقوم إما بتعديله أو الإعفاء منه ويتوقف على ذلك شكوى دعوى المتضرر، لعل وعسى أن يسهم القاضي في خلق نوع من التوازن الإيجابي والاستقرار في العلاقة العقدية، لاسيما أن ما يملي من شروط مجحفة بهذه العقود من قبل الطرف الموجب (القوي) على الطرف الضعيف (المذعن) فما على المذعن سوى القبول أو الرفض ولحاجته الخيار الوحيد له القبول دون مناقشة.

وقد قسمت فصول هذه الدراسة على النحو التالي:

الفصل الأول، خُصص لمقدمة الدراسة ومشكلة الدراسة وهدفها وأهميتها والأسئلة التي ستعالجها الدراسة إلى جانب حدود الدراسة ومصطلحاتها ومنهجية الدراسة، وتبين هنا أن مشكلة هذه الدراسة تتمثل باختلال **التوازن التعاقدي** بين طرفي التعاقد، طرف قوي من جانب وطرف ضعيف من جانب آخر.

---

[1] الصرمي، يحيى رزق (1995). سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري واليمني مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ص 32. انظر كذلك د.عبد الفتاح عبد الباقي (1954). نظرية القانون، دار النشر للجامعات، ص 277.

[2] الصدة، عبد المنعم (1996). عقد الإذعان، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، دراسات قانونية، كلية شرطة دبي، ص 1.

وفي الفصل الثاني موضوع نشأة وماهية عقد الإذعان وطبيعته القانونية وبحث من خلال ثلاثة مباحث وتبين أن عقود الإذعان هي وليدة التطور الاقتصادي الحديث وأنها عقود **بالمعنى الحقيقي** لأنها تتم بتوافق إرادتين.

وفي الفصل الثالث تناول موضوع سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية الواردة لعقود الإذعان وبحث من خلال مبحثين، وبُيّن في هذا الفصل أنه يجب أن تكون سلطة القاضي **سلطة وجوبية** وليس جوازية لما للقاضي من دور كبير في مواجهة تلك الشروط.

أما الفصل الرابع موضوع دور القاضي في تفسير عقود الإذعان وتطرق له من خلال ثلاثة مباحث ووضح فيه أن القاضي **مهمته هي التفسير** وبالإضافة إلى دوره في تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لصالح الطرف المذعن سواء كان مديناً أو دائناً، ويتبين أن الجزاء المترتب على الإخلال بالتزام الوضوح في عقود الإذعان وعقود المستهلكين هو تفسير العبارة لصالح الطرف المذعن أو المستهلك[1]، إذ ما دام أن الطرف القوي هو الذي يستأثر بصياغة الشروط في تلك الأنواع من العقود، وكذلك تناولنا المقصود بأنواع التفسير (التشريعي، والفقهي، والقضائي) وبعض صور وتطبيقات عملية لبعض أنواع عقود الإذعان.

والفصل الأخير خصص للخاتمة ونتائج وتوصيات هذه الدراسة، وكذلك قائمة المراجع والملحق.

---

[1] سليمان، شيرزاد عزيز (2008). حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات دار دجلة، عمان، ص 481

ثانياً: الدراسات السابقة:

قام الباحث باستقصاء معظم الدراسات السابقة المتعلقة بموضوع الدراسة، لكن قبل التعرض لبعض الدراسات لم أجد أي باحث أردني أولى هذا الموضوع الاهتمام، إنما تطرق أغلب الباحثين لجزئيات فقط.

1- دراسة السلايطة غازي (2005). بعنوان سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد "دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة".

وقد هدفت الدراسة إلى تسليط الضوء على السلطة التقديرية للقاضي في تعديل مضمون العقد، وركز الباحث على مبدأ سلطان الإرادة وتطوره وكذلك مضمون السلطة التقديرية، وسلطته في تعديل العقد في مرحلته التنفيذية.

وتختلف الدراسة الحالية عن السابقة حيث أن السابقة تطرق الباحث لمساحة غير كافية عن سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، أما الحالية ستكون مركزة على عقد الإذعان فقط، وإيلائه الأهمية بمزيد من البحث فيه.

2- **دراسة بلخضر**، مسعودة سليمان (2006). بعنوان "الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، مكتبة الجامعة الأردنية".

وقد هدفت الدراسة إلى تسليط الضوء على موضوع الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني وهو موضوع على قدر مهم من الأهمية في المعاملات التعاقدية الإلكترونية وتوفر أكبر قدر من الحماية للمستهلك الذي يبرم عدداً كبيراً من هذه العقود.

وتختلف الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة كون الدراسة السابقة لم يسهب الباحث بشكل موسع على اعتبار أن العقد الإلكتروني هو عقد إذعان، ولأن أغلب الصفقات تنظم عبر تلك العقود خصوصاً مع تقدم التكنولوجيا دون اطلاع أو مناقشة من طرف المذعن ما عليه سوى القبول لخدمة لا يستطيع الاستغناء عنها في هذا العصر "عصر التكنولوجيا" فدراستي الحالية سأحاول من خلالها التطرق لهذا الموضوع المهم بمزيد من التفصيل المفيد.

3- دراسة المقاطي، محسن بن ناصر، (2010). بعنوان (دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الأردني) رسالة ماجستير، مكتبة الجامعة الأردنية.

وقد هدفت هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على موضوع دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الأردني، حيث لم أجد أية مساحة أولاها الباحث لموضوع دور القاضي في تفسير عقود الإذعان بشكل يستحق هذا الموضوع المهم.

وتختلف الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة أنها ستتناول موضوع سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان بشكل موسع ومعالج وإعطاء الموضوع حقه في الاهتمام لأهميته الكبرى في كافة مناحي الحياة.

9- منهجية الدراسة:

سيتم العمل في هذه الدراسة من خلال اتباع المنهج التحليلي، حيث سيقوم الباحث ومن خلال هذا المنهج بدراسة وتحليل النصوص القانونية الواردة في القانون المدني الأردني، وما نأمل أن يكون عليه الوضع في المستقبل. والمقارنة ببعض النصوص في القوانين الأخرى، وإن كانت الدراسة غير ذلك من خلال تناول النصوص القانونية والآراء الفقهية في بعض القوانين والتشريعات العربية والأجنبية وكذلك ما جاء بقرارات محكمة التمييز الأردنية ودراسات الباحثين السابقين حول هذا الموضوع، للوقوف على مواطن الضعف والخلل، ومدى الحماية المتوفرة للطرف المذعن.

الفصل الثاني

نشأة وماهية عقد الإذعان وطبيعته القانونية

المبحث الأول: نشأة عقد الإذعان وتأثير مراحل التنمية عليه.

المبحث الثاني: ماهية وخصائص عقد الإذعان.

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.

الفصل الثاني

نشأة وماهية عقد الإذعان وطبيعته القانونية

سأبين في هذا الفصل، نشأة عقد الإذعان في مبحث أول، وفي مبحث ثانٍ ماهية وخصائص عقد الإذعان، على أن أتناول الطبيعة القانونية لعقد الإذعان في مبحث ثالث على الشكل التالي:

المبحث الأول

نشأة عقد الإذعان وتأثير مراحل التنمية عليه

المطلب الأول

نشوء عقد الإذعان

ظاهرة الإذعان ظاهرة حديثة نسبياً، إذ لم يقدر لها أن تشغل بال الفقهاء أو علماء القانون إلا بعد حدوث التطورات الاقتصادية الهائلة في العصر الحديث، وما أدى إليه ذلك من قيام شركات الأموال والاحتكار وظهور أسلوب الإنتاج الكبير[1].

وأصبحت الشخصيات الاعتبارية (وبخاصة الشركات التجارية) طرفاً في أثر معاقدات الناس بين فرد وآخر قليلة، ولقد أدت الدافعية لتعظيم الأرباح لدى تلك المؤسسات إلى جهود مضاعفة نحو مزيد من الكفاءة في أداء الأعمال والضغط على تكاليف الإنتاج.

وفي الوقت الذي ظهرت فيه مجموعة نابليون، كان النظام الاقتصادي السائد هو نظام الاقتصاد الصغير، أو نظام اقتصاد الحوانيت فانتشرت نتيجة لذلك عقود المساومة الحرة على أثر ازدهار بعض المبادئ القانونية التي تعبر عن هذا النظام مثل مبدأ الحرية التعاقدية مثلاً[2].

---

[1] الفزاري، حسبو (1979). أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة، الإسكندرية، ص565.

[2] الفزاري، حسبو، المرجع السابق، ص566.

هذا وإن مشكلة عقد الإذعان ترجع في الواقع إلى مفهوم العقد الموروث عن بوتيه Pothier – شارح القانون الفرنسي القديم، الذي استوحاه القانون المدني علـــى أن الإنسان في الأصل لا تقيده أي رابطة قانونية فهو حر في أن يتعاقد أو أن يقبل ما شاء من الشروط التي يتضمنها العقد[1]، وهذا يعني أن المنظم الوحيد للإرادات هو العقد واتفاق الإرادات يُكّون العقد الذي هو مصدر الحقوق بين الأشخاص وبهـذه الحالة يكون أسمى من القانون.

وبالتالي التفاوض في العقد وعدم التفاوض في القانون يؤدي بنا إلـــى اســـتخلاص نظرية جزئية للعقد، وهو اعتباره بذلك مصدراً للالتزام يتوافق مع حريـــة الإرادة بعدِّه شريعة المتعاقدين غير أنه ظهر مع نهاية القرن التاسع عشرة اتجاهات جديدة حدت من مبدأ سلطان الإرادة.

وقد ساعدت عدة عوامل، أدت إلى انتكاسه وبالتالي خلق ذلـــك الـــدور الإيجـــابي للقاضي المدني في مجال العقد، والمتمثل في سلطته التقديرية الواسعة في تعديلـــه أو إنهائه بالإضافة إلى العوامل الاقتصادية فلقد كان من شأن الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر والثورة التكنولوجية في القرن العشرين أن قامت الـــصناعات الكبيرة والشركات الضخمة واختل التوازن الاقتصادي بين القوى الاجتماعية[2].

وكذلك ظهور الروح الاشتراكية ومبدأ التضامن الاجتماعي أدى إلى انتكاس مبـــدأ سلطان الإرادة وما العقد إلا نظام في النظم الاجتماعية، يراد به تحقيق التـــضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة في هذا السبيل وليس الغرض منه تحقيق مـــا لـــلإرادة الفردية من سلطان[3].

"وقد نادى الفقه أيضاً بالحماية الاجتماعية للمتعاقد الضعيف عـــن طريـــق إقامـــة التوازن العقدي وباستبعاد تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقد الإذعان، كما ذهب إلى ذلك صاحب الفكرة الأستاذ سالي Saleille ومن ثم شهد تحولاً جديـــداً فـــي مستوى العلاقات والروابط التعاقدية فهذا التعبير فـــي مـــصطلح عقـــد الإذعـــان contract of D'adhesion الذي اقترح في بداية القرن من لـــدن ســـالي كـــان

---

(1) لعشب، محفوظ بن حامد (1998). عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ص4.

(2) السنهوري، عبد الرزاق (1952). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر الجديدة للجامعات المصرية، القاهرة، ص626.

(3) السنهوري، المرجع السابق، ص 146.

موضوع دراسات فقهية خاصة في فرنسا، ومن ثم أثرى عقد الإذعان ولاسيما من جانب أولئك الذين أنكروا أن يكون من طبيعة قانونية خاصة، وتضاعف توسيع عقد الإذعان وأضحى التفاوض لا يمثل إلا خطوة سابقة على تكوين العقد، وامتدت تلك الفكرة النابعة من فرنسا لتأخذ بها بلدان أخرى خاصة المتبعة للمذهب الفردي بعد أن أصّلها كل من الفقه والقضاء، فالفقه قد خصص دراسات طويلة لهذا العقد، وكذا القضاء عني بحل المشاكل التي يفرضها هذا العقد"[1].

ومن الواضح في البلدان الاشتراكية فإن الإذعان فيها أكثر انتشاراً وذلك يعود إلى تركيز الاحتكار لدى شركات أو مؤسسات عامة وهذا يمكنها من فرض شروطها دون اعتراض من الطرف المذعن[2].

وعلى كل حال فإنه على الرغم مما تهدف إليه تلك المؤسسات العامة من بناء للاقتصاد الوطني فإنها تبقى دائماً ذات امتياز على الأفراد بواسطة ما يسمى بالعقود الإدارية[3].

ونسبة ما وصلت إليه التطورات الاقتصادية، بالصورة التي ألمحنا إليها، استطاعت بعض الشركات والمؤسسات الكبيرة التي تحتكر بعض السلع أو الخدمات أن تحتل مركز تعاقدياً قوياً مكنّ لها من إملاء شروطها على جمهور المستهلكين أو المنتفعين دون أن يكون لهم أدنى حق في مناقشة تلك الشروط أو تحويرها[4].

فكثيراً ما تحدد هذه الشركات شروط العقد وتنفرد في فرضها بوثيقة معدة سلفاً وعلى نحو لا يقبل المناقشة أو المساومة، ولاضطرار المتعاقد للدخول في هذه العلاقة لحاجته الماسة للسلعة أو للخدمة، فإنه لا يجد مفراً من الإذعان لهذه الشروط وإن تكن عادلة، ولهذا السبب فقد سميت هذه الطائفة من العقود باسم عقود الإذعان[5].

---

[1] انظر في هذا المعنى، جورج برليوز، في مؤلفه عقد الإذعان، باريس، 1973، ص9 نبذة، 6. مشار في لعشب، محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص5.
[2] لعشب، المرجع السابق، ص6.
[3] لعشب، المرجع السابق، ص7.
[4] الفزاري، حسبو، مرجع سابق، ص566.
[5] الفزاري، حسبو، المرجع السابق، ص 566.

المطلب الثاني

عوامل التنمية المؤثرة على نشأة عقد الإذعان

ونتعرف في هذا المطلب إلى العوامل الاقتصادية والقانونية والاجتماعية والمادية المؤثرة في نشأة عقد الإذعان.

الفرع الأول: العوامل الاقتصادية والقانونية:

أولاً: العوامل الاقتصادية: إن الجانب الاقتصادي أصبح يشكل القاعدة الأساسية التي تحكم العقود، لما لهذا الجانب الدور الكبير في تكوين العقود وخاصة في مرحلة التطور الاقتصادي "ولكن نجد أنه في العصور الوسطى استبعد القانون المدني الفرنسي التأثير الاقتصادي للعقد لأنه لا توجد رؤوس أموال كثيرة والتجارة والصناعة كانت تمارس في إطار تقليدي.

وقد ساعدت الرأسمالية الصناعية على ظهور عقد الإذعان لتوسيع الفارق الاقتصادي اعتماداً على الحرية الاقتصادية والفردية التي جعلت من العقد مصدراً للحق دون منازع وأن التنمية الصناعية التي قادتها الرأسمالية قد سيطرت على الأفراد وجعلتهم يتقبلون شروطاً مجحفة[1].

وهذا تفاوت محسوس في مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية وذلك بسبب ما يتمتع به الموجب في هذا العقد من احتكار قانوني أو فعلي[2]، وبالتالي فإن التحولات الاقتصادية تكون هي السبب في اختلال التوازن بين القوى التعاقدية وتحد بالتالي من قوة المفاوضة، وإن ما تمليه الإرادة المنفردة من طرف الموجب ترغب في تحقيق مصالح أنانية، كما أصبح العقد وسيلة لتسيير المنشآت الاقتصادية بإنشاء التزامات تعاقدية متنوعة ومن هنا كان عقداً مفروضاً بعوامل اقتصادية.

"**يقول الاقتصادي الأمريكي ريتشارد دوولف يجب أن تتوسع بنوك الولايات المتحدة في الخارج**، وتوفر وسيلة قوية كي تؤثر على استثمارات رؤوس أموال

---

(1) لعشب، محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص9.

(2) الصدة، عبد المنعم فرج(1996)، عقد الإذعان في التقنيات المدنية العربية الحديثة، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، العدد الأول، ص243.

الوحدات الاقتصادية في البلدان الضعيفة، لتجعلها تتلاءم مع الاحتياجات العامة لنمو الولايات المتحدة الأمريكية"[1]، وهذا واضح من خلال ما تقوم به الولايات المتحدة من خوض حروب وذلك من أجل مصالحها الاقتصادية.

وعليه نجد أن العقود المنبثقة عن الشركات الضخمة والعروض المقدمة من البنوك تتضمن شروطاً لمصلحتها الاقتصادية، لذا يقول جانب من الفقه عن عقود الإذعان.. هي "عقود كثيرة الشيوع وتزداد يوماً بعد يوم نتيجة تطور الوضع الاقتصادي الذي أخذ يؤدي إلى نشأة هيئات أو شركات أو أشخاص يتحكمون في الجمهور بسلطتهم على السلع والخدمات التي لا يستطيع عنها غناء"[2].

"فعلى سبيل المثال ونتيجة للتطور الحضاري نتيجة للابتكارات والمكتشفات التكنولوجية الدقيقة، ولتجمع الأشخاص وتكدس الأموال والبضائع في المصانع والمستودعات أصبح عقد التأمين وسيلة للاحتياط من الأخطار وتوزيعها، حيث بات التأمين أحد الوسائل التي يلجأ إليها الإنسان لتفادي آثار الأخطار ومصائب الحياة المزعجة فإنه وبالرغم من هذا، هذه العقود تخرج في أغلبها عن نطاق العقد الرضائي لتصبح عقود إذعان بالنسبة للمؤمن له الذي لا يستطيع أن يناقش فيها، فعادة تقوم شركات التأمين بإملاء شروطها بوثيقة التأمين فما على الجمهور إلا القبول بها.

وقد ظهرت مع الأزمات الاقتصادية ظواهر قانونية لا يعرفها النظام الفردي القائم على الحرية مثل الإجبار على التعاقد، والعقد الموجه والتسعيرة الجبرية، وفرض حد أدنى للأجور والحد الأقصى للأجرة في إيجار المساكن والأرض الزراعية"[3].

ثانياً: العوامل القانونية:

في العقود الموجهة التي هي ثمرت التدخلات التشريعية فإنها تتماشى مع عقد الإذعان الذي يعتبر وليد الحرية القانونية[4].

---

[1] لعشب، محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص10.

[2] لعشب، محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص11.

[3] عبد الرحمن، حمدي (1999)، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإدارية للالتزام العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، ص53.

[4] لعشب، محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص13.

وإن بعض العقود سواء كانت عامة أو خاصة تلقت فائدة عقد الإذعان كوسيلة فعالة لإعداد ظروف نشاطها ولخلق قانون مستقل للاقتصاد مثال ذلك. إن عقد التأمين على المخاطر البحرية ترجع شروطه إلى الطرف القوي الذي هو على علم بالخسائر المحتملة فيحدد الخطر وبالتالي يحدد الشروط التي تجعل من عقده وسيلة فعالة لحماية مصالحه، كما أن عدم وجود نصوص قانونية تواجه تلك الظواهر خاصة في التقنين المدني والتجاري كان سبباً أن يخلق الطرف القوي شرطاً تخرج عن نطاق هذين القانونين، وكانت تلك مساهمة أو عاملاً من العوامل التي أدت إلى نشوء عقد الإذعان(1).

وكذا فإن تنمية ونشوء بعض المبادئ القانونية كمبدأ المساواة أمام المرفق العام والموجه أساساً إلى تفادي التفرقة ما بين القوى، قد جعل بعض العقود غير قابلة للمناقشة.

"ويرى برليوز أنه إذا كانت التحولات الاقتصادية قد ولدت عدم توازن في العقد فإن الوسائل والنظريات القانونية قد خلقت عقد الإذعان، وهذا التحول لا يرجع إلى طبيعة أطرافه ولا إلى طبيعة محله، وإنما إلى طبيعة العقد ذاته"(2).

الفرع الثاني: العوامل الاجتماعية والمادية:

أولاً: العوامل الاجتماعية: الإنسان بطبيعته مدني، وإن الفرد المعاصر أصبح لا يطيق الانعزال ويلجأ إلى التجمعات وينضم إليها، وبنفس الوقت يخشى وحدته ولا يشعر بالراحة إلا مع الجماعة، فيلجأ عند تنظيم عقوده إلى شخص منظم تلك العقود ككاتب العدل ويخضع له وكأن هذه العقود الموثقة أصبحت عقود إذعان.

وموقف الإنسان إزاء الأخطار التي تواجهه سواء كانت شخصية أو تقع على ممتلكاته أو أخطار المسؤولية المدنية تجعله يعيش في حالة قلق دائم لم يكن أبداً سلبياً فقد حاول منذ عهد بعيد أن يتفاداها ويمنع وقوعها باستحداث الوسائل

(1) لعشب، محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص15.
(2) سباتين، خالد محمد، مرجع سابق، ص 27.

المختلفة خاصة بتعاونه مع الآخرين الذين يتعرضون مثله لخطـر معـين، علـى توزيع الخسارة المالية الكبيرة التي تصيب واحداً منهم نتيجة إمكانية تحقق الخطر عليهم جميعاً، وبذلك يتحمل كل منهم جزءاً بسيطاً من هذه الخسارة فيقـل بـذلك الخطر عليهم جميعاً[1].

وهكذا يطبق الإنسان مبدأ التكافل والتضامن الاجتماعي بأوسع معانيه، فيبرم عقوداً مع شركات معينة كما هو الحال بالنسبة لعقد التأمين الذي يعتبر من أبرز عقـود الإذعان.

ثانياً: العوامل المادية: إن ما تقوم عليه الحياة المعاصرة من سرعة خاصـة فـي الجوانب التجارية أصبح الفرد لا يستطيع ولا يوجد له الوقت الكافي فـي الـتمعن وقراءة ومناقشة ما ينظم وما يرد في شروط مطبوعة فهـذه العناصـر الماديـة الواردة في العقد جعلت من هذا العقد عقد إذعان.

ثم إن أبرز تطور في هذه الناحية المادية هو أن المعلومات أصبحت تزود للعقول الالكترونية حسب معطيات مادية معينة حيث يصل بذلك إلـى إخـراج وتحديـد شروط غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويستعصي على الفرد مناقـشتها حتـى وإن أراد ذلك[2].

وفي ضوء المتغيرات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية وما أدت إليه من تعقيـد المشكلات وتكريس ضعف المتعاقد وعدم الخبرة أو القدرة – ثم انتشار الـشروط العامة في العقود المطبوعة مسبقاً وتفشي عقود الإذعان واستسلام العمـلاء فـي مجال السلع والخدمات لما يعرضه عليهم المحترفون – فقد تعاظم الاهتمام بحـل هذه المشكلات والتوجه إلى البحث عن الوسائل القانونية الكفيلة بحمايـة الطـرف الأقل قدرة أو خبرة[3].

---

[1] لعشب، محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص17.

[2] لعشب، محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص18.

[3] جميعي، حسن عبد الباسط، (1990 – 1991)، إثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع إشارة للقوانين الانجلوامريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص119.

فالوثيقة التعاقدية تطبع مقدماً لمعرفة الطرف القوي، الذي يضمنها الشروط التـــي تحقق مصلحته دون النظر إلى مصلحة الطرف الضعيف، مما يؤدي إلـــى زيـــادة الشروط التعسفية التي تخفف من التزامات الموجب مع تكاليف الطـــرف القابـــل بالتزامات جديدة أو التشديد في التزاماته الأصلية، ومن ثم لا يكون أمامه (الطرف الضعيف) سوى التوقيع دون مناقشة على تلك الوثيقة المتضمنة للشروط المجحفـــة دون تفحصها أو مناقشة شروطها المطبوعة التي تكون عادةً صعبة الفهـــم علـــى المتعاقد غير الخبير.

المبحـــث الثاني

ماهية عقد الإذعان وخصائصه

المطلب الأول

تعريف عقد الإذعان

الأصل أن المتعاقدين لا يبرمان العقد إلا بعد مفاوضات ومناقشات في شـــروطه، الهدف منها الوصول إلى أفضل الشروط المناسبة للمتعاقدين، ولكن بعـــد تطـــور المجتمع أدت ضرورات الحياة إلى ظهور عقود ذات طبيعة خاصة تعمـــل علـــى تلبية حاجات الأفراد الضرورية، أطلقت عليها عقود الإذعان[1].

فتعريف الإذعان عند علماء اللغة- "كلمة الإذعان لغةً تعنـــي الانقيـــاد والإقـــرار والذلة والإسراع في الطاعة، نقول: أذعن له إذاً سلس وانقاد، وهو مُذعن وأذعـــن فلان بحقي: أقر به. فقال تعالى: "وإن يكن لهم الحق يـــأتوا إليـــه مـــذعنين"[2] أي مقرين خاضعين. وقال أبو إسحق: جاء في التفسير مسرعين.

هذا هو المعنى اللغوي لكلمة الإذعان، والمعنى الاصطلاحي لهذه الكلمة لا يخرج عن معناها اللغوي[3].

وحيث لم يجمع الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان، وكذا فإن التشريعات لـــم تحدد له تعريفاً، ومن الناحية الفقهية تعددت التعريفات لعقد الإذعان التي تنـــصب حول نفس المعنى تقريباً نذكر منها:

"فسالي الذي يجمع كل الفقهاء على أنه صاحب أول فكرة للإذعان يرى أن عقـــد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونهـــا، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة، وتفرضها مسبقاً ومن جانـــب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد"[4].

---

[1] السرحان، خاطر، (2000). شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، ط1، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، ص107.

[2] سورة النور، من الآية: 49.

[3] عبد الدايم، حسني محمود، (2008). العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص330.

[4] انظر في، سالي، في مؤلفه، الإعلان عن الإرادة، مساهمة في دراسة التصرف القانوني في القانون المدني الألماني، باريس 1923. المادة 133. مشار في لعشب، محفوظ بن حامد، مرجع سابق ، ص19.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه اهتم بالإرادة المنفردة بطريقة انضمام الأفراد إلـى هذه الإرادة التي تملي قانون العقد على مجموعة غير محددة دون أن يتعرض إلى موضوع العقد.

وقد عرف جانب من الفقه الغربي، عقد الإذعان بأنه: (عقد حدد محتواه التعاقـدي كلياً أو جزئياً بصيغة مجردة وعامة قبل فترة التعاقد)[1].

في الفقه العربي، أن الدكتور عبد المنعم فرج الصدة – الذي قـام بدراسـة عقـد الإذعان دراسة خاصة كغيره من الفقهاء العرب قد وصل إلى وضع تعريـف لـه يشتمل على أهم المميزات الأساسية التي يتمتع بهـا، ويعطيـه صـورة قانونيـة متميزة، وقد جاء تعريفه لعقد الإذعان: بأنه (العقد الذي يسلم فيه القابـل بـشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بـسلعة أو مرفـق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها)[2].

ومن أمثلة عقود الإذعان عقد العمل في الصناعات الكبيرة وعقد التأمين بأنواعـه المختلفة وعقد النقل بالسكك الحديدية وعقد الاشتراك بالمياه والكهرباء ففـي هـذه العقود وغيرها يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة لا تقبل النقـاش ولا مفـر للطرف الآخر من القبول لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو مرفق مـن ضـرورات الحياة التي لا يمكن الاستغناء عنها.

وفي تعريف آخر لعقود الإذعان: (هي صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمـد علـى استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقديـة بـصورة منفـردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هـو أو رفـضه دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط أو الأحكـام التـي يتضمنها، ولا أن يدخل في مجاذبة أو مساومة حقيقية على شروطه مـع الطـرف المعد لهذا العقد)[3].

---

(1) انظر في برليوز، المرجع السابق، ص 27. مشار في لعشب، محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 19.
(2) الصدة، عبد المنعم فرج، مرجع سابق، ص91.
(3) السنهوري، عبد الرزاق، (1983). الموجز في النظرية العامة الالتزام، مطبعة لجنة التأليف والترجمة للنشر، ص68.

وبعض الفقهاء حاولوا تصوير القبول في عقد الإذعان، ويقول جانب مـــن الفقـــه بشأن عقد الإذعان: (أما عقود الإذعان أو الانضمام فلا تحصل فيها مفاوضة مـــع الموجب بل يجب قبول العقد أو تركه جملة)[1].

وبصدد الحديث عن بعض صور القبول في عقد الإذعان يقول الـــدكتور ســـليمان مرقص "مع أن الأصل في العقود حرية الإرادة في اختيار ما تبرمه منها وحريتها في تنظيم آثارها فإن بعض الظروف قد تضطر أشخاصاً معينين إلى إبـــرام نـــوع معين من العقود، دون أن تكون لهم اختيار في إبرامه أو عدمه أو في ترتيب آثاره بشكل أو آخر ومثل ذلك التعاقد مع شركات الاحتكار سواء كان الاحتكار فعلياً أو قانونياً"[2].

"وجانب من الفقه بين معنى عقود الإذعان بقوله – قد يكون القبول مجرد إذعـــان لما يمليه الموجب، ولا نعني بهذا أن القبول في هذه الحالة لا يعد رضاء، ولكـــن نريد أن نقرر أن القابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة مع الموجـــب كما يحصل عادة في العقود الأخرى بل هو في موقفه من الموجب لا يـــستطيع إلا أن يأخذ أو يدع. ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنـــى عنـــه فهـــو مضطر إلى الإذعان والقبول فرضاه موجود، ولكنه يكاد يكون مكرهاً عليه علـــى أن هذا النوع من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الرضا، بـــل هـــو إكـــراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر من اتصاله بعوامل نفسية"[3].

ويذكر الدكتور عبد المنعم الصدة أن صاحب تسمية هذه العقود بعقد الإذعان هـــو الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري وهي أصح من التسمية الفرنسية التي قال بها الأستاذ سالي في (إعلان الإرادة فقرة 89 والتي معناهـــا عقـــد انـــضمام، (contrats d'adhesion) لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار فـــي القبـــول بينما الانضمام أوسع دلالة من ذلك، إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة)[4]. وأرى أن التعريف الذي وصل إليـــه الـــدكتور

---

(1) مرسي، محمد كامل(1952). العقود المسماة، الجزء الأول، ط2، المطبعة العالمية، مصر، ص27. مشار في العشب، محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص20.

(2) لعشب، محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 20. انظر في سليمان مرقص، نظرية العقد، 1956.

(3) السنهوري، عبد الرزاق(1998). شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 279.

(4) الصدة، عبد المنعم فرج، مرجع سابق، ص244.

عبد المنعم فرج الصدة جاء الأفضل لشموليته ولأنـــه بـــين ميـــزات وخـــصائص وشروط هذا العقد، وعليه يمكن لي تعريف عقد الإذعان بأنه العقـــد الـــذي يلـــزم الطرف الضعيف (المستهلك) للشروط والبنود المملاة من الطرف القوي (الموجب) دون مناقشة وذلك استغلالاً لحاجة المستهلك الماسة للخدمة أو السلعة المحتكرة من الطرف القوي.

وهذا هو وضع عقد الإذعان في الفقه، "أما بالنسبة للتشريع فإن التشريعات العربية أغلبها قد تعرضت إلى كيفية حصول القبول بعقود الإذعان ولم تتطرق أو تـــضع تعريفاً لعقود الإذعان فأول من تعرض لعقد الإذعان هو المشرع اللبناني بمناســـبة حديثه عن تكوين العقد، فنص في المادة 172 فقرة 2 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: (حينما يقتصر أحد الطرفين على قبول مشروع نظـــامي يكتفـــي بعرضه عليه، ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش فيما يتـــضمنه، يسمى العقد إذ ذاك عقد موافقه (كالتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد ضمان أي عقد التأمين))[1].

نخلص بأن التشريعات العربية قد سارت على نهج المشرع المـــصري فـــأوردت أحكاماً خاصة بالقبول في عقد الإذعان دون أن تعرفه كما أن هذا الوضع يفسر لنا سبب عدم إدراج معظم الفقهاء العرب عقد الإذعان ضمن تقسيمات العقود[2].

وكذا المشرع الأردني لم يضع تعريفاً لعقد الإذعان إنما اكتفى بذكر القبول فقـــط، فجاء بنص المادة 104 مدني أردني بقولها: (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها) كمـــا نـــصت الفقرة الأولى في المادة 167 من القانون المدني العراقي بقولها (القبول في عقـــود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجـــب ولا يقبل فيه مناقشة) والفرق بين النصين في الـــصياغة لـــيس بـــذي أهميـــة[3].

فالإذعان يتحقق عندما لا يكون الطرفان في مركز واحد بل يكون أحـــدهما فـــي المركز الأعلى، وهو الذي يضع شروط العقد بينما يكون الآخـــر فـــي المركـــز

---

(1) السباتين، خالد محمد، مرجع سابق، ص 36.

(2) لعشب، محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص25.

(3) الحكيم، عبد المجيد، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول في مصادر الالتزام، المجلد الأول في العقد، مكتبة الجامعة الأردنية، ص186.

الأدنى، فليس له أن يناقش هذه الشروط أو يضيف إليها أو ينقص منها، فهو إما أن يقبل أو أن يدع، والغالب هو القبول ببنود العقد لضرورات الحياة.

وهذا الاضطرار للتعاقد لا يعد عيباً على الإرادة، لأن الطرف المذعن يملك أن يتعاقد أو لا يتعاقد، أما إذا تعاقد فهو يقبل ما جاء في العقد جملة دون نقاش أو مساومة، كما أن هذا الاضطرار يتعلق بظروف اجتماعية وهي الحاجة الضرورية لهذه الخدمة وليس بعوامل نفسية التي ينتج عنها عيب في الإرادة[1].

المطلب الثاني

الخصائص المميزة لعقد الإذعان

بالرغم من الجدل حول تعريف عقد الإذعان إلا أن تحديداً فيما إذا كان عقداً من عقود الإذعان أم لا، يتطلب تحديد الخصائص التي تميز عقود الإذعان عن غيرها واعترف المشرع الأردني بعقود الإذعان، حيث قضت المادة 104 من القانون المدني الأردني على أن: (القبول في عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها).

ولعقود الإذعان خصائص معينة هي:

1- أن يكون الموجب في مركز اقتصادي متغلباً لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بالنسبة إليه، بحيث يكون تفوقه الاقتصادي واضحا"[2].

ويتكرس التفوق الاقتصادي في نقطتين:

أ- تمتع الموجب باحتكار قانوني: مثل ما هو الحال في عقود توريد الكهرباء والمياه والهاتف، فالشركات المقدمة لهذه الخدمات تتمتع بامتياز قانوني، فهي الوحيدة التي يمكن تقديمها دون أي مناقشة.

ب- تمتع الموجب باحتكار فعلي: مثل ما هو الحال في منطقة لا توجد بها إلا شركة تأمين وحيدة[3].

---

[1] رمضان، وليد صلاح، (2009)، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، جامعة الأزهر، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ص688.

[2] الصدة، عبد المنعم فرج، عقد الإذعان في التقنيات المدنية العربية الحديثة، مجلة الأمن والقانون، مرجع سابق، ص244.

[3] بلخضر، مسعودة، (2006). الحماية المدنية للعقد الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ص31.

فالاحتكار يعني قدرة على فرض شروط العقد مع التيقن من عدم انصراف المتعاقد الآخر عن التعاقد نظراً أنه لن يجد بديلاً عن المتعاقد المحتكر ولن يتمكن من الحصول على محل التعاقد بشروط مختلفة عما يفرضه عليه[2].

فالفقه والقضاء في مصر لا يسمحان بالمساواة بين التفوق الاقتصادي أو حتى الاحتكار وبين وصف العقد بأنه من عقود الإذعان، وإنما يلزم بالإضافة لهذا الاحتكار أن يتوافر للسلعة والخدمة محل التعامل وصف الضرورة الأولية[3].

وتقدير فكرة الضرورة هنا يستغل بها قاضي الموضوع على اعتبار أنها مسألة واقع[4].

2- إن الإيجاب في هذه العقود هو إيجاب عام موجه إلى الجمهور كله أو إلى فريق منه تتوافر فيه صفات معينة، وليس إيجاباً موجهاً إلى شخص معين بذاته، ثم إن هذا الإيجاب هو إيجاب دائم يصدر على نحو مستمر، ولذلك يكون ملزماً بمدة أطول بكثير مما عليه الحال بعقود المساومة الحرة[5].

3- أن يصدر الإيجاب في قالب نموذجي، ويعرض الشروط ككل، فإما أن ينبذها العاقد الآخر برمتها وإما أن يقبلها الأدق أن يقال أن يذعن إليها، وغالباً ما يرد عقد الإذعان في صيغة مطبوعة على جانب كبير من الدقة والتعقيد، وبحيث لا يفهمها الشخص العادي. كما تتضمن عادةً شروطاً كثيرة في صالح الموجب، بعضها يقسو على ما سيبدو من المذعن من تقصير محتمل وبعضها يرحم المذعن له، سواء بالحد من مسؤوليته، أو بإعفائه منها[6].

وهذا يتضح بعقد التأمين باعتباره عقد إذعان حيث جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية أن "عقد التأمين هو من عقود الإذعان التي يقوم بها المؤمن بطباعة نماذج للعقد يضع بها شروطه التي لا تقبل النقاش، وما على المؤمن له سوى القبول والتسليم بها باعتباره الطرف الضعيف المذعن. ولحماية

---

(2) جميعي، حسن، مرجع سابق، ص104.
(3) جميعي، حسن، المرجع السابق، ص106.
(4) بلخضر، مسعودة، مرجع سابق، ص31.
(5) سلطح، حمدي محمد إسماعيل (2006). القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 180.
(6) وحيد الدين، سوار، (1977-1978). شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، مكتبة كلية حقوق الجامعة الأردنية، ص81.

الطرف المذعن نصت المادة 924 مدني أردني على بطلان بعض الشروط إما لاعتبارات شكلية كشرط الطباعة بشكل بارز وكشرط التأخر عن التبليغ عن الحادث وكشرط التحكيم أو كشرط اعتبار موضوعي، وهو الشرط التعسفي الذي تبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه"[1].

ويبدو أن هذا العنصر من عناصر تمييز عقود الإذعان في حاجة إلى التحديد لأن بعضهم يتجه إلى الخلط بين العقود النموذجية وعقود الإذعان فإذا كان وجوب صدور إيجاب عام ودائم هو بالضرورة عنصر من عناصر الإذعان فإن عقد الإذعان لا يوجد إلا بتوافر كافة العناصر الأخرى، لذلك يجب أن نلاحظ أن الإيجاب العام الدائم ليس قاصراً على عقود الإذعان فالبيع بأسعار محددة في المحلات الكبرى والبيع بالمزاد بقائمة شروط معينة هما من البيوع التي يصدر فيها الإيجاب عاماً ولا يعتبر من عقود الإذعان، كذلك فإن ديمومة الإيجاب لا تتوافر إلا بشأن المتعاقد الذي لا يعلق أهمية على شخص الطرف الآخر مع قدرته على الوفاء بجميع احتياجات المتقدمين لطلب السلعة أو الخدمة"، ومن ذلك فإن مرفق السكة الحديدية يطرح عقد نقل بإيجاب عام لا يعلق فيه أهمية على شخصية المتعاقد الطالب للانتقال ويسمح له بالانضمام في أي وقت نظراً لقدرته على الوفاء بالتزاماته في ضوء استمرارية الخدمة بلا انقطاع، أما سيارات الأجرة الخاصة ومهما كان نظام تشغيلها فهي تطرح عملية النقل في حدود طاقتها واحتياجات السائق وقدراته[2].

---

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1999/2541 (هيئة خماسية تاريخ 2000/3/26) المنشور على الصفحة 93 من عدد المجلة القضائية رقم 3 بتاريخ 2000/1/1، منشورات مركز عدالة.

[2] جميعي، حسن، مرجع سابق، ص106.

المبحث الثالث

الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

لقد كان من شأن إذعان الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي وخضوعه ورضوخه لمشيئته أن ثار في فرنسا وفي غيرها من الدول – خلاف عنيف وحاد حول الطبيعة أو التكييف القانوني لعقود الإذعان، ويدور اختلافه في الواقع حول الجواب عن السؤال التالي: هل يعد القبول في عقد الإذعان قبولاً بالمعنى الذي بصدوره ينعقد العقد أو أنه لا يعد كذلك..؟[1] ، وأن الطبيعة القانونية لعقود الإذعان كانت محل دراسات الفقهاء وقد انقسموا إلى فريقين حول طبيعة هذه العقود وسيتم بحث هذا في مطلب أول بالنسبة للاتجاه الذي ينكر الصفة العقدية لعقود الإذعان، وفي مطلب ثاني الاتجاه الذي يضفي الصفة العقدية على عقود الإذعان.

المطلب الأول

الاتجاه الذي ينكر الصفة العقدية لعقود الإذعان باعتبارها (مركزاً قانونياً منظماً)

يرى أصحاب هذا الاتجاه وهم من الفريق الأول، أن "عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية وينكرون صفة العقد على عقد الإذعان، فيرون فيه مركزاً قانونياً منظماً (institaion) تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها"[2]، "وقد ترأس الأستاذ سالي وتابعه فقهاء القانون العام مثل ديجي وهوريو، حيث أنكروا على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية وحججهم في ذلك أن هذا العقد لا تتوافر فيه الإرادة التعاقدية وهي الإرادة المشتركة، ولا توجد فيه المساواة التي تفرضها فكرة العقد، والنقاش فيه معدوم، وقبول المذعن فيه لا يكون عن حرية وبينة كما أن فكرة العقد لا تكفي لتفسير أغلبية آثاره القانونية. هذا إلى أن الاعتراف للقوى الخاصة التي تقوم بدور الموجب في عقد الإذعان بالسلطة اللائحية له ما يبرره إلا أنه يمكن لها في

(1) التميمي، فتحي ماجد محمد (2010). دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، القانون الخاص، كلية القانون، ص21.

(2) الصدة، عبد المنعم فرج، محاضرات في القانون المدني نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، مرجع سابق، ص96.

التصرف بحرية وبلا تردد، فيساعدها بذلك على أن تؤدى خدمات جليلة للاقتصاد الوطني"[1].

والحجة التي يستند إليها الفريق الأول في إنكار صفة العقد على هذه العقود هي انعدام الإرادة الحرة المبصرة فيها، وهذا أمر ضروري لا غنى عنه في كل عقد حقيقي[2].

وطبيعة عقد الإذعان عند سالي الذي كرس هذا الفقيه جهده في العمل على توضيح فكرة التعبير عن الإرادة المنفردة في كتابه التعبير عن الإرادة. وقد ذهب إلى أن عقد الإذعان يبرز الاعتراف بالقوة الملزمة التي من الممكن أن تنتج عن التعبير بالإرادة المنفردة، وقد كتب سالي بأن "عقد الإذعان" المزعوم ليس له من العقد سوى الاسم لأنه في الواقع تغليب محض لإرادة واحدة تملي قانونها على مجموعة غير محددة، وتلزم مسبقاً انضمام كل من يرغب في قبول قانون العقد وحسب رأيه فإن القيمة القانونية لعقد الإذعان لا تجد مصدرها في التوافق الإرادي، ولكن في الإرادة المنفردة لمحرر العقد ومنشئه، وانضمام الطرف الآخر لا يأتي كعنصر منشئ وضروري للتصرف فهو لا يتعلق بتكوينه ولا يتعدى كونه مكملاً لشرط موضوع للتنفيذ من المنشئ ذاته[3].

فمصدر الرابطة أو العلاقة القانونية تجد نفسها في الإرادة المنفردة لمحرر العقد، إن هذا الأخير هو الذي خلق قانونها، وهو مولد الرابطة القانونية التي تجمع المذعن وذلك تحت شرط إذعان الأطراف الأخرى.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه – الذين ينفون عن عقود الإذعان الصفة العقدية – إن عقود الإذعان تقوم وتميز باجتماع عناصر ثلاثة تخرجها من النطاق العقدي وهي:

1- عنصر العمومية ويرتبط هذا العنصر بصفة الإيجاب في عقود الإذعان أو بعبارة أكثر دقة بصفة المشارطة، فهذه الأخيرة تكون عاماً دائماً لا توجه لشخص معين أو محدد، فتوجه إلى الجمهور بوجه عام وأما إلى طائفة من هذا الجمهور ذات خصائص محددة.

---

(1) عبد المنعم فرج، المرجع السابق، ص97.

(2) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص187.

(3) انظر في، د.الشين، في رسالة في تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري والقانون الجديد والتي تقدم بها إلى معهد القانون المقارن بباريس، 1949 ، وقد أشار إليها. مشار في لعشب، محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص40.

2- وعنصر الإكراه – ويرجع هذا العنصر إلى ما يتمتع به الموجب من تفوق اقتصادي واجتماعي، وهذا الإكراه ليس المقصود به الإكراه المعروف في عيوب الإرادة، بل المتصل بالعوامل الاقتصادية.

3- وعنصر الإذعان: يمثل هذا العنصر في الواقع، موقف الموجب له. من الشروط التي فرضت عليه وبهذا الإذعان، يستسلم المذعن لهذه الشروط المملاة عليه ولا مجال له غير ذلك[1].

المطلب الثاني

الاتجاه الذي يعتبر عقد الإذعان عقداً حقيقياً

أصحاب هذا الاتجاه وهم من الفريق الثاني وهم غالبية فقهاء القانون المدني ويرون أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود. وأنصار هذا الرأي جمهور فقهاء القانون المدني في فرنسا وجميعهم في مصر وهؤلاء يفندون مزاعم الرأي الآخر، فيقولون أن الإرادة التعاقدية موجودة في عقد الإذعان لأن إرادة الموجب لا يمكن أن تنتج أثراً إلا بعد انضمام إرادة القابل إليها، وبذلك تساهم الإرادتان في عمل العقود والمساواة القانونية وهي المطلوبة في العقد، أما المساواة الاقتصادية فليست لازمة لأن اتفاق الإرادتين في العقد لا يفي بالضرورة أن يكون لكل من الإرادتين دور معادل لدور الأخرى، ولا يشترط قانوناً لاتفاق الإرادتين اتفاقاً صحيحاً أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق أو أن يكون من عمل الطرفين[2].

ويرى جانب من الفقه عند حديثه عن الطبيعة القانونية لعقد الإذعان. "لكن لوحظ على هذا الرأي (يقصد منكري عقدية الإذعان) أن عقد الإذعان كسائر العقود ينعقد بوجود إرادتين لا بإرادة واحدة، وأن كل تصرف قانون يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية وليس عقد الإذعان وحده هو الذي توجد فيه هذه الظاهرة فهي موجودة في العقود التي يعقدها ناقص الأهلية

---

(1) سلطح، حمدي محمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 178.

(2) الصدة، عبد المنعم فرج، عقد الإذعان في التقنيات المدنية العربية الحديثة، مرجع سابق، ص97.

تلك التي يقبلها أحد طرفيها على ما فيها من غبن أو التي يكون فيها السعر محدداً"[1].

وظاهر أن معظم الذين أنكروا على عقود الإذعان صفة العقد من فقهاء القانون العام ولذا أنكر فقهاء القانون الخاص هذا المذهب لأن عقود الإذعان عندهم عقود حقيقية فالقانون لا يشترط أن يسبق العقد مفاوضة حرة ومساومة طويلة، ولأن يستوي دور الطرفين في نشوء العقد. إذ كل ما يشترطه القانون لانعقاد العقد هو أن يتفق الطرفان على إنشاء التزامات معينة ولا يشترط لنشوء العقد أن يتكافأ الطرفان من الناحية الاقتصادية بل يكفي في ذلك التكافؤ القانوني، ألا ترى أن الهبة عقد باعتراف الجميع، مع ذلك فالموهوب له لا يناقش الواهب عادة في شروطها[2].

ويرى جانب من الفقه أن الرأي السائد في فرنسا يذهب إلى "اعتبار عقد الإذعان عقداً حقيقياً، لأن إرادة الطرف القوي اقتصادياً لا تكفي وحدها لإبرام العقد"[3].

وما توصل إليه أصحاب الاتجاه الذي يعتبرون عقد الإذعان عقداً حقيقياً وعلاج الأمر عندهم لا يكون بإنكار صفة العقدية على عقد الإذعان باعتباره عقد حقيقي، ولا يتمكن القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الطرف الضعيف فتضرب المعاملات وتفقد استقرارها، بل أن العلاج هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يكون مجال استغلال من الطرف القوي، ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً: الأولى: وسيلة اقتصادية – فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب الموجب المحتكر. والثانية: وسيلة تشريعية – فيتدخل المشرع لا القاضي – لتنظيم عقود الإذعان[4].

وكباحث، أرجح ما ذهب إليه فقهاء القانون المدني بأن عقود الإذعان هي عقود صحيحة لأنها تتم باتفاق طرفي العقد وتخضع للقواعد العامة التي تخضع لها بقية العقود ومعالجة مسألة التفوق الاقتصادي للطرف الموجب نتيجة شروطه التي

---

(1) البدراوي، عبد المنعم (1963). النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجوبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت. وانظر كذلك في لعشب، محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص31.
(2) الناهي، صلاح الدين، مرجع سابق، ص44.
(3) وحيد الدين، سوار، مرجع سابق، ص80.
(4) سلطح، حمدي محمد إسماعيل، مرجع سابق، ص179.

يمليها على الطرف الضعيف هي من خلال تقوية مركز الطرف المذعن من خلال الوسائل الاقتصادية بحماية المستهلك وبالوسائل التشريعية يتدخل المشرع بتنظيم تلك العقود بما يوفر حماية للطرف المذعن ولا يكون بعدم إضفاء الصفة العقدية على عقود الإذعان.

وقد حسم المشرع المصري في القانون المدني الحالي الخلاف العنيف الحاد حول تكييف عقود الإذعان وأضفى عليها الصفة العقدية، قاضياً في المادة 100 منه بأن: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"[1].

وقد سار المشرع الأردني على نهج المشرع المصري واعتبر عقود الإذعان عقوداً بالمعنى الصحيح فأشار إلى ذلك بالمادة 104 مدني: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"[2]. ثم إن المشرع الأردني من ناحية أخرى قد أفرد تلك العقود بقواعد خاصة من شأنها حماية الطرف المذعن، كما سأبين لاحقاً.

فعقود الإذعان عقود حقيقية، وأن التفاوت في مركز الطرفين، إنما هو تفاوت اقتصادي وليس تفاوتاً قانونياً وأن ما يرد على حرية القابل في عقد الإذعان، لا يعدو أن يكون نوعاً من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له على قيام الرضا ووجود العقد[3].

---

[1] عبد الدايم، حسني محمود، مرجع سابق، ص 66.

[2] نص المادة 104، القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

[3] عبد الدايم، حسني محمود، مرجع سابق، ص67.

الفصل الثالث

سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية الواردة بعقد الإذعان

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي المدني وتقييد مبدأ سلطان الإرادة.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء بناء على الشروط التعسفية حماية للطرف المذعن.

الفصل الثالث

سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان

أتى المشرع بنصين عامين على جانب كبير من الأهمية على جميع عقود الإذعان:

الأول: نص المادة 204 مدني أردني وتقابلها نصوص المواد 149 مدني مصري والمادة 150 مدني سوري والمادة 2/167 مدني عراقي.

وجاء بنص المادة 204 (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)[1].

مضمون المادة 204 مدني أردني، موضوع بحثي في هذا الفصل (الثالث).

الثاني: نص المادة 240 مدني أردني، وتقابلها نصوص المواد 151 مدني مصري والمادة 152 مدني سوري والمادة 3/167 مدني عراقي.

تنص المادة 240 على أنه (1- يفسر الشك في مصلحة المدين. 2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن)[2]. وهذا سيكون موضوع الفصل الرابع من هذه الرسالة.

للقاضي سلطة في تعديل أو إلغاء (إنهاء) الشروط التعسفية (المجحفة) الواردة في عقود الإذعان، كما هو واضح بنص المادة 204 مدني أردني، وله أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة وقبل التطرق لهذا الفصل، سأعرج بشكل مختصر عن بعض المفاهيم ذات العلاقة:

(السلطة التقديرية للقاضي المدني وتقييد مبدأ سلطان الإرادة)، وكذلك رغبت بتسجيل ملحوظة حول موضوع هذه الرسالة وهي كباحث مبتدئ لم أجد أي باحث أردني تناول أو بحث في سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان وانصب

---

(1) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية، إعداد المحامي مصطفى محمود فراج، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1421هـ، 2010م.

(2) المرجع السابق، القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

اهتمامي بالرجوع لباحثين ومؤلفين عرب وخاصة المصريين، وكذلك لم أجد المساحة في قرارات محكمة التمييز الأردنية في هذا الخصوص.

المبحث الأول

السلطة التقديرية للقاضي المدني وتقييد مبدأ سلطان الإرادة

يقتصر دور القاضي على تطبيق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، إلا أن المشرع وتحت تأثير التطور الذي أصاب مبدأ سلطان الإرادة نتيجة لظهور فكر قانوني يسعى لجعل القانون اجتماعياً ويهدف إلى حماية الطرف الضعيف، حيث تدخل المشرع بإدخال عدة استثناءات، كان من أهمها إطلاق سلطة القاضي التقديرية في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان[1].

وسيتم تناول هذا الموضوع من خلال ما يلي:

المطلب الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي المدني.

المطلب الثاني: تقييد مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الأول

ماهية السلطة التقديرية

يذهب جانب من الفقه إلا أن القاضي يمارس عمله القضائي ويستمد ولايته من المشرع الذي يحدد نطاق هذه الولاية وفقاً لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة في المعنى المراد منها، ومن ثم يعد الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي أثناء ممارسته لولاية القضاء من قبيل اللغو الذي لا أساس له فالقاضي لا يملك سلطة التقدير في أن يريد، وما يمكن تسميته بالسلطة التقديرية هو لخدمة السلطة القضائية لا غير، وعلى ذلك يمكن القول بأن سلطة القاضي أثناء مباشرته لولاية القضاء ليست سلطة تقديرية وإنما هي سلطة مقيدة بغايات العمل القضائي، أياً كان

---

[1] يؤكد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تحت عنوان الاتجاهات العامة في القانون أنها تقوم على "3- إطلاق سلطة القاضي في البحث والتقدير ليتمكن من مواجهة الظروف والمتغيرات التي تعترض في كثير من القضايا حتى لا يصم القانون بالجمود والوقوف عند حد معين من القواعد التي قد تتهاوى عند مواجهة التطورات العملية" المذكرة الإيضاحية/ الجزء الأول / ص26.

فرع القانون الذي يباشر من خلاله نشاطه القضائي، فالنشاط القضائي له مصدر واحد هو المشرع الذي يحدد نطاق سلطة القاضي على سبيل القطع[1].

ويخلص أصحاب هذا الاتجاه الذين لا يقرون بوجود سلطة تقديرية للقاضي أن منح هذه السلطة، يؤدي لظهور أحكام مختلفة ومتباينة وهذا يؤثر على سير العمل القضائي، ويفسح المجال لتحكم القضاة في إصدار الأحكام، بالنهاية يؤثر على ميل ميزان العدل.

ويذهب غالبية الفقهاء، إلى أن الصفة التقديرية في سلطة القاضي تنجم من حالة قانونية معينة بحيث أن مصدرها بلا شك مصدر قانوني بمعنى أنه ينبغي أن نتصور دائماً أن فكرة السلطة التقديرية مرتبطة مع التنظيم القانوني دون الفصل بينهما، فالسلطة التقديرية لا يمكن أن تظهر إلا في نظام الدولة القانوني فحيث لا تكون الدولة قانونية فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية لأننا سنكون في هذه الحالة في إطار سلطة تحكمية لا تقديرية[2].

فالمقصود بلفظ التقدير "ذلك أن السلطة التقديرية توجد جنباً إلى جنب مع السلطة القضائية التي يملكها القاضي، ويتعين على القاضي (التقدير) قبل القضاء[3].

فمفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني عُرِّفت (بالنشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه هذا النشاط وعلاقته بالواقع والقانون)[4].

ولقد أقرت الشرائع الحديثة "للقاضي بهذه السلطة الواسعة لتأمين العدالة وعددت له الوسائل اللازمة لتحقيق الغاية التي من أجلها منح هذا السلطان العريض[5].

---

[1] بن حديد، إبراهيم، مرجع سابق، ص 10.

[2] عمر، نبيل إسماعيل (1980). النظرية العامة للطعن بالنقد في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، ص142. وما بعدها.

[3] عمر، نبيل، المرجع السابق، ص 8.

[4] عقل، العمري، مرجع سابق، ص479.

[5] الترمانيني، عبد السلام، (1961). سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية، مجلة المحاماة، العدد السادس، ص 920.

والفقه اعترف بوجود سلطة تقديرية للقاضي عند مباشرته لوظيفته وعمله المستمد من القضاء وفي مجال القانون المدني اعترف المشرع بقدر من النشاط التقـــديري له[1].

فالسلطة الممنوحة للقاضي ليست ممنوحة كي يباشرها على هواه ولكنها تمنح لـــه لكي يباشر الوظيفة المسندة إليه وفق ضوابط قانونية معينة، وخلاصة القول فـــي هذا الصدد أن الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي جاء نتيجة استبدال الـــشرعية الموضوعية بالشرعية الشكلية، مع تأمين العدالة عن طريق تدرج المحاكم وجعـــل أحكامها ليست نهائية من مبدئها بحسب التدرج القضائي الذي توجد علـــى قمتـــه المحكمة العليا باعتباره المرجع الأخير الذي يرجع إليه عند الحاجة لكـــبح جمـــاح قضاء شارد[2].

المطلب الثاني
تقييد مبدأ سلطان الإرادة

الحقيقة أن مبدأ سلطان الإرادة ليس إلا انعكاساً لسياسة الحرية الاقتـــصادية فـــي نطاق القانون الخاص، وهذه السياسية التي تأكدت خلال القرن الثامن عشر والتي كانت تتضمنها تشريعات الثورة الفرنسية تقوم على مبدأ أساسه هو: "دعه يعمـــل دعه يمر"[3].

فسياسة الحرية الاقتصادية تسمح للأشخاص بعقد الصفقات التجاريـــة والخـــدمات لرغبتهم ومن ثم يكون تعاقد الأشخاص بإرادتهم دون ضغوط ولكن غياب التوازن في العلاقات التعاقدية الذي ظهر جلياً في عقود الإذعان بـــسبب انفـــراد الطـــرف القوي الموجب بإملاء شروطه على الطرف المذعن فليس هناك خيار من الطرف المذعن إلا بقبول تلك الشروط التي لا يستطيع الاستغناء عنها لتسيير أمور حياتـــه اليومية كالتنقل مثلاً.

---

[1] عمر، نبيل إسماعيل (1984). سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط1، منشأة معارف الإسكندرية، ص84.
[2] بن حديد، إبراهيم، مرجع سابق، ص12.
[3] سلطح، حمدي محمد اسماعيل، مرجع سابق، ص181.

فسلطان الإرادة يعني أن للإرادة السلطة في إنشاء الالتزام في إبرام العقد وهي الشريعة والمنهج لإلزام أطرافه فهو مبدأ قانوني تقوم على أساسه الالتزامات الإرادية فالإرادة التي قوامها الرضى تكفي لإنشاء الالتزام[1].

والعقد يتم بتوافق إرادتين أو أكثر (إيجاب وقبول) وقد جاء تعريفه بالقانون المدني الأردني: (هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر)[2].

وطبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز للقاضي أن يتدخل في العقد بالتعديل أو الإنهاء، لأن هذا حق مخول لأصحاب العملية التعاقدية ونزولاً على اعتبارات العدالة، ومع ذلك فقد رأى المشرع أن يعطي للقاضي الحق في أن يتدخل في العقد فينهيه أو يعدل بنوده وذلك كاستثناء على القاعدة العامة[3]. وهذا يتضح في عقود الإذعان، فالمشرع أعطى للقاضي سلطة تعديل العقد بأن يتدخل حماية للطرف الضعيف، فإذا كشف القاضي بحسب تقديره شرطاً تعسفياً في عقد الإذعان فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف بل له أن يلغيه ومن هنا يتضح لنا مدى تأثير التقدير الذي يقوم به القاضي على مبدأ سلطان الإرادة في عقود الإذعان[4].

فحرية الأفراد في إنشاء العقد وتحديد آثاره هي القاعدة في معظم التشريعات الحديثة، ولكن ترد على هذه القاعدة عدة قيود، زادت في الوقت الحاضر ولعل أهم المجالات التي تدخل فيها المشرع عقود الإذعان التي تعتبر ثمرة للتطور الحديث وتعبيراً عما تتطلبه الظروف الاقتصادية الحديثة من سرعة في التنقل [5].

---

(1) التميمي، فتحي ماجد، مرجع سابق، ص11.

(2) نص المادة 87 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية، مصطفى محمود فراج، (2010)، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

(3) رمضان، وليد صلاح، مرجع سابق، ص643.

(4) عمر، نبيل إسماعيل (2008). سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص245.

(5) التميمي، فتحي ماجد، مرجع سابق، ص 22.

المبحث الثاني
سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء (الإنهاء) بناءً على الشروط التعسفية في حماية الطرف المذعن

بعقود الإذعان الذي يتولى تحريرها وإملاءها، هو الموجب – الطرف القوي – الذي يملي شروطه على الطرف الآخر وغالباً ما يُدرج في عقد الإذعان شروطاً تعسفية يرضخ لها الطرف الضعيف دون مقاومة لحاجته الماسة للخدمة الضرورية فيتدخل القاضي بتعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها.

المطلب الأول
الشروط التعسفية في عقود الإذعان

تنص المادة 204 من القانون المدني الأردني: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو ...... خلاف ذلك"[1].

لقد وضعت هذه المادة العناصر الأساسية لسريان سلطة القاضي ومضمونها ومعيارها والطبيعة القانونية لها التي يوفرها هذا الاستثناء، وبينت الشروط لقيام سلطة القاضي في حماية الطرف المذعن بتوافر شرطين أساسيين هما:

1- أن يتعلق النزاع بعقد إذعان. 2- أن يتضمن العقد شروطاً تعسفية.

فإذا تبين للقاضي بأن العقد عقد إذعان يبحث فيما إذا كان العقد يشوبه شروط تعسفية أم لا ليبرر تدخله في حماية الطرف المذعن من خلال تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه.

---

(1) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

الفرع الأول: ماهية الشرط التعسفي

المشرع الأردني في نص المادة 204 مدني أردني لم يبين مفهوم الشروط التعسفية، تاركاً ذلك لقاضي الموضوع الذي يتمتع بسلطة تقديرية لتحديد وبيان مدى التعسف لطرفي العقد وأيضاً لم تضع التشريعات العربية تعريفاً للشرط التعسفي، بينما نجد أن المشرع الفرنسي قد عرف الشرط التعسفي في القانون الصادر بتاريخ 1978/1/10 والخاص بحماية المستهلك بأنه: "الشرط الذي يفرض على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لقوته الاقتصادية بهدف الحصول على امتياز بدون وجه حق"[(1)].

جانب من الفقه يرى أن الشروط تعتبر تعسفية إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل[(2)].

أما بالنسبة للقضاء فقد تشدد في التحقق من الشروط المؤدية إلى إبطال البنود التعسفية في العقود حرصاً منه على سلامة التعامل واستقراره، فهو مدعو لحفظ التوازن بين متطلبات الاستقرار العقدي وحماية الطرف الضعيف في العقد بحيث لا يحصل تجاوز في استعمال الحقوق ولا خلل كبير في التوازن العقدي[(3)].

"فهذه الشروط عادة ما تفرضها شركات عملاقة اقتصادية على مستهلك ضعيف، ولها قدرة هائلة في الدعاية والإعلان ولمواجهة مثل هذه الشروط فقد أجاز المشرع الفرنسي في البداية للحكومة من خلال مراسيم تصدر عن مجلس الدولة لها صفة آمرة حظر أو تقييد الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ومع ذلك لم تتحقق الحماية اللازمة، بذلك اعتمد قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر عام 1988 وسيلة أكثر فاعلية، تتمثل في إنشاء دعوى تسمى "دعوى حذف"، الغاية منها حذف الشروط التعسفية من العقود النمطية المطروحة على المستهلكين، وأعطى جمعيات حماية المستهلك، الحق في رفع هذه الدعوى، وهذا ما نصت عليه المواد 1-421، من تقنيين الاستهلاك الفرنسي.

---

(1) السبتاين، خالد أحمد، مرجع سابق، ص 129. المادة 1/35 من القانون الفرنسي الخاص بحماية المستهلك لسنة 1978، وانظر في ذلك الدكتور نائل عبد الرحمن (1991) حماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، ص38.

(2) سلطح، حمدي محمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 184. انظر في العوجي، مصطفى، (بلا سنة). القانون المدني الجزء1، العقد، بيروت، ص101.

(3) انظر في محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، ص153.

وبموجب هذا النص لهذه الجمعيات أن تطلب من القضاء حذف الشروط التعسفية وفرض غرامة تهديدية عند اللزوم، وهذه الوسيلة يفترض أنها توفر حماية فعالة للمستهلكين من مثل هذه الشروط، إلا أن الواقع العملي كشف أن جمعيات حماية المستهلك لا تزال مترددة في رفع دعوى الحذف. وهذا ما حدا بجانب من الفقه الفرنسي إلا المنادى بإصدار قائمة تعدادية تحصر الشروط التعسفية على غرار ما هو معمول به في بعض التشريعات الأوروبية"[1].

لذلك تدخل المشرع الفرنسي مرة أخرى في القانون الصادر بتاريخ 18/يناير 1992، وأعطى قاضي الموضوع سلطة واسعة في تحديد الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، الحكم باعتبارها غير موجودة[2].

أما المشرع الأردني اكتفى بتشكيل لجنة يشكلها وزير الصناعة والتجارة تسمى لجنة الشروط المجحفة في العقود النمطية، تتولى دراسة هذه العقود وخاصة المتداول منها في مختلف مجالات الاستهلاك وإصدار التوصيات حول الشروط المجحفة بحق المستهلك.

وأرى أنه كان من المفترض على المشرع الأردني أن يتبع نهج المشرع الفرنسي بتوفير أقصى الحماية للمستهلك من هذه العقود التي تفرض عليه ولا مجال له إلا بقبولها والخضوع لها لخدمة لا يستطيع الاستغناء عنها وكذلك بإعطاء صلاحية لجمعية حماية المستهلك بحذف الشروط التعسفية عن طريق القضاء.

على الرغم من أن المشرع الأردني تنبه للعقود النمطية، وعرفها في المادة 36 من مشروع قانون حماية المستهلك بأنها: (العقود التي تعد مسبقاً من قبل المزود للتعاقد مع أطراف متعددة غير محددة واشترط أن تكتب باللغة العربية وأن تبين فيها وبخط واضح العناصر الجوهرية للتعاقد)[3].

---

[1] أبو عرابي، غازي (2009). بحث في حماية رضا المستهلك (دراسة مقارنة بين حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانونية حماية المستهلك الأردني)، دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 36، العدد1، ص194.

[2] أبو عرابي، غازي، المرجع السابق، ص194.

[3] أبو عرابي، غازي، المرجع السابق، ص194.

ومن أمثلة الشروط التعسفية" ما يشترطه الموجب على المذعن من شروط تثقل من أعبائه مثل شرط تقييد حق المذعن في إبداء الدفوع, أو شرط الحد من حريته في التعاقد مع الغير[1].

وجاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية (حقوق):

1- جرى الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز على أن الشروط والاستثناءات الواردة في عقد التأمين الشامل التي تستثني نقصان القيمة وفوات المنفعة والمتمثلة ببدل عطل سيارة المؤمن عن مدة التصليح باطلة بمقتضى نص المادة 924 من القانون المدني الأردني لأنها تهدف إلى إسقاط حق المؤمن له أو الانتقاص منه وتتعارض والغاية التي من أجلها شرع عقد التأمين وهي شروط تعسفية غير واجبة الإعمال وحيث أن محكمة الاستئناف لم تأخذ بقرارها المطعون فيه بهذه الشروط التعسفية الواردة في وثيقة التأمين وقضت للمدعي ضده ببدل التعويض عن نقصان قيمة مركبته المؤمنة لدى الطاعنة تأميناً شاملاً وببدل التعويض عن فوات المنفعة فتكون قد طبقت صحيح القانون وما استقر عليه الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز[2].

أما عن السلطة الواسعة التي يتمتع بها القاضي نتيجة لعدم قيام المشرع بتحديد المقصود بالشروط التعسفية – فنحن نميل إلى ضرورة وجود نظام تشريعي ونظم إدارية مصاحبة – على غرار ما هو متبع في الدول الصناعية – يضطلع بوضع تعريف محدد للشروط التعسفية بوجه عام وبوجه القضاء في شأن التمييز بين الشروط التعسفية بطبيعتها والشروط التي لا يمكن اعتبارها كذلك إلى في ضوء بعض الظروف والملابسات المحيطة بالتعاقد وأشخاصه[3].

---

(1) رمضان، وليد صلاح، مرجع سابق، ص692.

(2) تمييز حقوق رقم 2010/837 (هيئة خماسية تاريخ 2010/12/20 منشورات مركز عدالة.

(3) جميعي، حسن عبد الباسط (1990-1991). أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، (ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع إشارة للقوانين الإنجلو أمريكية، دار النهضة العربية، 12 شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، ص248.

فنتيجة لعدم قيام المشرع بتحديد المقصود بالشروط التعسفية يؤثر على استقرار المعاملات وحبذا لو يتدارك المشرع الأردني ذلك ويقوم بتحديد المقصود بالشروط التعسفية التي بالنتيجة تصب في مصلحة استقرار المعاملات وحماية المستهلك وكذلك بذكر وتعداد الشروط التعسفية ويتحقق ذلك من خلال إدراج الشروط التي تعد تعسفية بطبيعتها بنصوص التشريع ذاتها، وعليه فإن مجرد ورود الشرط ضمن هذه القائمة يعد قرينة على اعتباره شرطاً تعسفياً، ومن ثم يستطيع إعمال السلطة الممنوحة له (التعديل، أو الإعفاء) لمصلحة الطرف المذعن، ونجد أن المشرع الأردني أخذ بهذا الرأي في مجال عقد التأمين ففي الأحكام التي تنظم عقد التأمين أبطل المشرع بعض الشروط التي ترد في وثيقة التأمين إما لاعتبارات شكلية أو موضوعية وذلك باعتبارها شروطاً تعسفية وجاء بنص المادة 924 مدني أردني (يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:

1- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة قصرية.

2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلا الجهات المطلوبة إخبارها وفي تقديم المستندات إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول.

3- لكل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر إذا كان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى بطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له.

4- شرط التحكيم إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين.

5- كل شرط تعسفي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

ويتبين بمضمون المادة أعلاه وجود حماية للطرف المذعن بعقد التأمين.

الفرع الثاني

التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها

ويدور البحث عن متى يعد الشرط تعسفياً أم لا؟ مما يبرر تدخل القاضي لأعمال الحماية على العقد. يجدر أن نفرق بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها[1].

أولاً: الشروط التعسفية بذاتها:

يظهر التعسف فيها منذ إدراج تلك الشروط فيها وتكشف عنه ذات ألفاظه، فتأتي متناقضة مع جوهره بمعنى عند إبرام العقد يتبين فيما إذا كانت بنوده متناقضة وبيان وجود التعسف من عدمه، فالتعرف على ذلك يكون منذ الوهلة الأولى عند كتابة العقد، مثال ذلك: "فرض شروط في لائحة المصنع تتضمن غرامات مالية باهظة على العمال تستنفد جزءاً من أجرهم لأخطاء لا تناسب البتة مع الجزاء الذي يتضمنه، فتعد مثل هذه الشروط جزائية جائرة، سواء اعتبر القاضي هذا الشرط شرطاً جزائياً يطبق فيه أحكام المادة 224 مدني مصري أم شرطاً تعسفياً في عقد الإذعان يطبق في شأنه المادة 149 مدني مصري[2].

وإن كان من الأدق تطبيق المادة 149 مدني مصري تقابلها نص المادة 204 مدني أردني وذلك لاعتبارين، الأول: أن هذه المادة تتضمن حكماً خاصاً قاصراً على عقود الإذعان فقط، أما المادة 224 مدني مصري تتضمن حكماً عاماً يسري على كل العقود وليست كل الشروط التعسفية في عقود الإذعان شروطاً جزائية.

والثاني: هو أن تطبيق المادة 149 هو أمر سهل ولا مشقة فيه على الطرف المذعن فالأمر يترك لسلطة القاضي (قاضي الموضوع).

بينما المادة 224 فإن عبء إثبات انتفاء الضرر أو المبالغة في تعويض أو تنفيذ شق من الالتزام الأصلي حتى يمكن إعفاؤه من الشرط أو تعديله على عاتق المدين[3].

---

(1) فودة، عبد الحكيم (1985). تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الناشر منشأة المعارف الإسكندرية، ص 359.

(2) فودة، عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 359.

(3) عبد السلام، سعيد (1992)، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، شبين الكوم، ص11.

ثانياً: الشروط التعسفية بحكم الاستعمال:

فهي شروط عادية، لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد ولكن تظهر عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها، ومثالها الشرط الذي يلزم المؤمن له بإعلان المؤمن بأمور معينة خلال فترة سريان العقد وإلا سقط حقه في التعويض[1]، فهذا الشرط لا يعد شرطاً تعسفياً عند إدراجه في العقد، ولكن يعد تعسفياً إذا تمسك المؤمن به لإسقاط حق المؤمن له حسن النية، بالرغم من أنه لا يعود على المؤمن بأية فائدة من الناحية العملية.

ويرى جانب من الفقه أن الرأي الراجح هو أن المادة 149 مدني مصري (تقابلها المادة 204 مدني أردني)، يقتصر تطبيقها على النوع الأول من الشروط فقط (الشروط التعسفية في ذاتها) لأن النص يتحدث عن عقد إذعان تم وكان متضمناً لشروط تعسفية. أي أن التعسف كان عند إبرام العقد وليس عند تنفيذه، والمشرع كان صائباً في هذه الصياغة[2]، إذ سبق هذا النص المادة 148 مدني مصري التي تنص: (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق وحسن النية في تنفيذ العقد) المقابلة لنص المادة 202 فقرة أ مدني أردني التي تنص: (أ- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) ومن ثم فإنه بموجب هذا التحليل القانوني يكون في سلطة قاضي الموضوع أن يرد الموجب إلى صوابه في عقد الإذعان وذلك في مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد وعدم التمسك بحرفيته على نحو يتعارض مع روحه)[3].

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية: (3- يعتبر الشرط الوارد في عقد التأمين بأن النقص في قيمة السيارة بعد إصلاحها غير مشمول بالتغطية التأمينية شرط تعسفي لمخالفته لأحكام المادة 924 من القانون المدني الأردني وهو شرط باطل ذلك أن نقص القيمة بعد إصلاح السيارة يقع ضمن دائرة الضرر الذي أصاب السيارة المؤمنة لدى شركة التأمين ويكون حكماً مشمولاً بعقد التأمين وأن إعمال هذا الشرط يؤدي إلى إهدار حق المضرور في التعويض وأن

---

[1] فودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 360.
[2] عبد السلام، سعيد، مرجع سابق، ص12.
[3] عبد السلام، سعيد، مرجع سابق، ص12.

ذلك يتعارض مع غايات القانون ويفقد التأمين من أثره، وعليه يكون ما توصلت إليه محكمة الاستئناف من اعتبار هذا الشرط باطلاً على مقتضى المادة 924 من القانون المدني واقعاً في محله ومتفقاً والقانون)[1].

وأرى أن الرأي الصواب هو الرأي الراجح الذي أشارت إليه المادة 204 مدني أردني المقابلة لنص المادة 149 مدني مصري الذي يقتصر على النوع الأول من الشروط (الشروط التعسفية بذاتها) حيث ظهر الشرط التعسفي عند إبرام العقد وليس بعد إبرامه كما هو واضح في المادة 204 (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفياً...) حيث العقد تم ولا مجال.

فالشرط التعسفي بالذات هو الشرط الجائر (المجحف) الذي يتضمن أحكاماً تتنافى مع العدالة ولا شك أن هذه الصفة نسبية، تختلف من عقد لآخر بحسب ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه، ويختلف مفهومها بحسب البيئات والمجتمعات المختلفة وأمر تقديرها متروك لقاضي الموضوع دون ثمة رقابة من محكمة النقض[2].

---

[1] تمييز حقوق رقم 2003/724 (هيئة عامة) تاريخ 2003/5/8، الفقرة الثالثة منشورات مركزة عدالة.
[2] فودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 360.

المطلب الثاني
سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها

فلما كانت طبيعة عقود الإذعان أن أحد الطرفين يستغل بوضع شروط العقد، كان احتمال التعسف قائماً في حق الطرف الضعيف الذي أذعن ورضخ لإرادة الطرف القوي، مما جعل المشرع يخرج عن القوة الملزمة للعقد[1]، كما هو واضح بنص المادة 204 مدني أردني والتي جاء فيها: (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل الشروط أو تعفي الطرف المذعن وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

ويعطى الحق للقاضي في أن يتدخل فيعدل الشروط التعسفية من أجل حماية الطرف الضعيف وهذه المادة تعتبر صمام الأمان بحماية الطرف المذعن والتي أعطيت للقاضي بها سلطة تعديل العقد بل ذهبت إلى أبعد من ذلك بإعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية بحيث يستطيع إهدارها كلياً إذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن والعدالة ذلك.

الفرع الأول
سلطة التعديل أو الإعفاء

إن سلطة التعديل أو الإعفاء الممنوحة للقاضي تخرج عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على التفسير، ويعد هذا قيداً من القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، وهذا النص يدعم القاضي في حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية الواردة في العقد وخصوصاً المفروضة من قبل المؤسسات أو الشركات الاحتكارية على المستهلكين، فالضحية دائماً هو المستهلك في مثل هذه العقود.

فمشروع القانون المدني المصري كان يقتصر في السابق على منح القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي بما يرفع عنه وصف التعسف أو إعفاء الطرف المذعن من

---

(1) رمضان، وليد صلاح مرسي، مرجع سابق، ص 691.

تنفيذه لكن المشرع تبنى في نص المادة 149 مدني مصري المقابلة للمـادة 204 مدني أردني ما يتيح للقاضي بالإضافة إلى ذلك سلطة إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي عن طريق استبعاده وليس فقط عن طريق إعفاء الطرف المذعن من تنفيذه[1].

وبالتالي فإن المشرع المصري قد أصاب بهذا النص جوهر التعسف في عقود الإذعان. ذلك أن الطرف المذعن لا يستطيع رفض الشرط الذي يتضمنه العقد حتى ولو عمل به وكان مدركاً بمدى الإجحاف الذي يسببه له فالمذعن يخضع لجميع شروط العقد دون تمييز بين الشروط التي يعلم بها أو يتنبه إليها أو التي لا يعلم بها ولا يتنبه إليها[2].

ويرى جانب من الفقه: (على أن أهم الأحكام التي يستهدف القانون بها حماية الطرف المذعن هو ما جاء في مضمون المادة 149 مدني مصري وهذا حكم خطير خص المشرع به عقود الإذعان، وخول للقاضي سلطة إجراء التعديل في شروطها التعسفية بل إهدارها إذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن هذا الأمر وفقاً للقاعدة العامة يقتصر دور القاضي بالنسبة إلى العقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون فيها)[3].

وبهذا يصبح هذا الحكم أداة فعالة يستطيع بها القاضي أن يحمي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه محتكر قانوني أو فعلي وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً مسألة وقائع يتبين منها القاضي في ضوء الظروف مدى من تعسف وجور ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سلب القاضي هذه السلطة إذ إن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته النظام العام ولو أجيز لانعدمت الحماية التي هدف إليها المشرع من هذا الحكم[4].

وأصبح الآن تعديل العقد أو مراجعة شروطه أمراً مألوفاً وذلك بقصد تحقيق هدفين: الأول: يهدف المشرع منه تخويل القاضي سلطة تعديل العقد تجنب عدم

---

(1) جميعي، حسن عبد الباسط، مرجع سابق، ص 243.
(2) جمعي، حسن عبد السابق، المرجع السابق، ص 243.
(3) عبد الباقي، عبد الفتاح (1984). دروس في مصادر الالتزام، مكتبة نهضة مصر، القاهرة. مشار في لعشب، محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 161.
(4) الصدة، عبد المنعم فرج (1996). عقد الإذعان، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، العدد الأول، ص 252.

العدالة، التي تنشأ من عدم المساس بالشروط الأولية الواردة في العقد، وذلك في حالة ارتفاع الأسعار، فعدم العدالة اللاحقة للتعاقد لا تقل شأناً عن عدم العدالة المتحققة وقت إبرام العقد.

الثاني: كما أن تعديل العقد قد يقصد به تحقيق المصلحة العامة، وذلك تحقيقاً لمقتضيات السياسية الاقتصادية، فقد يتدخل المشرع لخفض الأداءات المالية المتفق عليها ليس لأن الأسعار قد انخفضت ويراد إعادة التوازن بين الأداءات وإنما لأن المشرع يهدف من تخفيض الأسعار تحقيق سياسة محاربة الانكماش(1).

فالمقصود بالتعديل في اللغة: "يعني التقويم، من ناحية، وقد جاء في مختار الصحاح (.... وتعديل الشيء تقويمه. يقال (عدله تعديلاً فاعتدل أي قومه فاستقام). وكل مثقف (معدل) ومن معانيه أيضاً (تعديل الشهود) بأن تقول أنهم عدول"(2).

فتعديل العقد في اصطلاح فقهاء القانون "يقصد به إجراء تغيير جزئي في العقد ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره، أو بند من بنوده وذلك إما بالحذف أو الإضافة أو غير ذلك على أن يصل هذا التغيير في أقصى مداه إلى إزالة العقد أو نقضه أو القيام بالإنقاص منها أو الزيادة"(3).

تعديل الشرط الوارد في عقود الإذعان يعني الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف فيه، فعلى سبيل المثال في عقد العمل، إذا كان الشرط الوارد في لائحة المصنع يوقع غرامات مالية باهظة على العمال لأخطاء بسيطة، كان للقاضي إذا ما قدر أنه شرط تعسفي أن يعدله لتخفيض الغرامة لتتناسب مع مقدار الخطأ الواقع من العامل، وكذلك إذا كان الشرط التعسفي يتمثل في عدم تجديد موعد التسليم جاز للقاضي تعديله بتحديد الموعد، وإذا كان الثمن أو المقابل مبالغاً فيه، جاز للقاضي تخفيضه(4).

---

(1) سلطح، حمدي محمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 183.

(2) الرازي، الإمام محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مشار إليه لدى محمد الخطيب (1992). سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص1.

(3) الخطيب، محمد، المرجع السابق، ص1.

(4) السباتين، خالد محمد، مرجع سابق، ص137.

وأرى أنه على قاضي المحكمة القيام بفرض سلطته لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية على الرغم من أن مسألة تدخله في نص المادة 204 مدني أردني جوازية. وحبذا لو كان النص غير ذلك لتوفير الحماية اللازمة للطرف المذعن والحد من تحكم الطرف القوي في عقود الإذعان، وهذا أقرب إلى العدالة. وعندما يتبين للمحكمة وجود شرط تعسفي عليها التدخل لرفع الجور على الرغم من أن القانون في نص المادة 204 أعطى صلاحيات للمحكمة في مواجهة الشروط التعسفية، حيث أنه لا سلطان على المحكمة سوى ضميرها وهذا النص يعتبر حقاً للطرف المذعن ولا يجوز الاتفاق على عكس ذلك، وإن أي اتفاق خلاف ذلك يعتبر باطلاً ولا اعتبار له، لاسيما أن صلاحية المحكمة في حماية الطرف المذعن تعتبر من النظام العام.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تعليق مهم على نص المادة 204 مدني أردني حيث جاء فيه: "إن للمحكمة الحق في إعادة التوازن بين المتعاقدين إذا كان العقد عقد إذعان وتضمن شروطاً تعسفية، فأعطى المحكمة الحق في أن تعدل من هذه الشروط تعديلاً يخفف العبء الواقع على عاتق الطرف المذعن، أو تعفيه منها حسبما تقضي به العدالة. وحتى يوضع هذا النص موضع التنفيذ لم يكن هناك مناص من النص على بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك"(1).

حيث نجد أن المشرع خول في المادة 204 المحكمة الحق في إعادة التوازن بين المتعاقدين إذا كان عقد إذعان وتضمن شروطاً تعسفية من خلال سلطة التعديل أو الإعفاء.

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية (أن نص المادة 1/104/أ من قانون النقل على الطرق بما قرره للمضرور من حق مباشر في استيفاء التعويض من المؤمن هو من النظام العام، وبالتالي يسقط بالبطلان كل اتفاق على ما يخالفه وكل شرط يحول دون المضرور وتقاضي التعويض عند توافر شروط مسؤولية المؤمن له التقصيرية، وكل شرط تعسفي في عقد التأمين، ذلك لأن إجماع الفقه منعقد على

---

(1) خوالدة، أحمد مفلح عبد الله (2007). شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة بين القانون المدني الأردني والمدني المصري، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، رسالة دكتوراه، ص128. انظر كذلك في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني، الجزء1، إعداد المكتب الفني، إدارة المحامي إبراهيم أبو رحمة، الطبعة الثالثة، مطبعة التوفيق، عمان، 1992، ص232.

أن عقود التأمين من عقود الإذعان التي يسوغ فيها استبعاد الشروط التعسفية التي لم يكن لمخالفتها أثر في وقوع الحادث المؤمن منه)[1].

أما سلطة الإلغاء تتمثل في رقابة قاضي الموضوع على إلغاء الشرط التعسفي، فهو سلاح خطير في يد القاضي، فيستطيع بموجبه إذا ما تبين له وجود الشرط التعسفي أن يعطله فيعفي الطرف المذعن منه[2].

كما لو كان الشرط متمثلاً في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية، جاز للقاضي إلغاء الشرط ليخضع العقد للقاعدة العامة، وهنا تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع[3].

ويقول جانب من الفقه: (أما عن رقابة الإلغاء فهي أشد جرأة من رقابة التعديل)[4]. وبالتالي يعد هذا تحطيماً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وقضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن: (محكمة الموضوع هي التي تملك تقديراً ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه قد انتهى في أسباب سائغة إلى اعتبار الشرط الوارد بالبند الثاني من العقد شرطاً تعسفياً وأتى الإعفاء فيه، ومن ثم ما يثيره الطاعن في هذا الشأن جدل موضوعي غير مقبول)[5].

وأرى هنا وعلى سبيل المثال لو تمعنا النظر في فواتير الكهرباء والمياه في الأردن تعطي مهلة لمدة أسبوعين للمستهلك على تسديد قيمة الفاتورة وفي حال عدم التسديد تفصل دون إشعار، فمن يحمي المستهلك الذي لا يستطيع تسديد هذه الفواتير في موعدها فالأصل أن هذه الخدمة (المياه والكهرباء وغيرها) أساسيات في الحياة وأنه يجب على الدولة مراعاة أصحاب الدخول الضعيفة ولا ضير من قيامها بتسديد تلك الفواتير عنهم وخصوصاً الذين لا عمل لهم أو مصدر دخل أو معيل، حيث يرد عادةً شرط في هذه الفواتير (يرجى تسديد قيمة الفاتورة خلال

---

(1) تمييز حقوق، رقم 1973/377 فصل بتاريخ 1973/1/1 هيئة عادية، ص879، ع3، لسنة 1974.

(2) عبد السلام، سعيد، مرجع سابق، ص15.

(3) السلايطة، غازي (2005). سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، عمادة الدراسات العليا، ص 121.

(4) فودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 362.

(5) نقض مصري رقم 388 سنة 57، بتاريخ 1989/2/12م، ص 288.

أسبوعين من تاريخ استلامها وتعتبر هذه الفاتورة إشعاراً بحجب المياه في حال عدم تسديدها)، فهذا يعد من الشروط الجائرة – بحق المستهلك الضعيف.

وتعديل الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها لا يجريه القاضي من تلقاء نفسه، وإنما بناء على طلب الطرف المذعن، ويجوز للطرف المذعن أن يطلب من القاضي إعمال تلك الرخصة في أي حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضي الموضوع، ولكنه لا يجوز له أن يطلب إعمالها لأول مرة أمام محكمة النقض، لأن التمسك بها يتخالط مع واقع[1].

ولكن على الرغم من هذه السلطة الممنوحة للقاضي إلا أنه لا يستطيع إبطال الشرط التعسفي أو إنهاء العقد ما دام متفقاً مع النظام العام والآداب العام وإنما تنحصر سلطته في تعديله أو الإعفاء منه بما يعيد للعقد توازنه الاقتصادي ويحقق العدالة[2].

---

[1] سباتين، خالد محمد، مرجع سابق، ص 137.

[2] سباتين، المرجع السابق، ص 138.

الفرع الثاني

المعيار الذي يسترشد به القاضي في إعمال سلطته الحمائية في التعديل أو الإعفاء للشروط التعسفية حماية للطرف المذعن

نص المشرع في المادة (149) مدني مصري تقابلها المادة (204) مدني أردني على: "(العدالة) كمعيار يتم على أساسه تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، ولم يرسم له أنماطاً معينة ليتم على أساسها التعديل أو الإعفاء، بل ترك للقاضي سلطة تقدير ذلك"[1].

حيث جاء بنص المادة السابقة: (.... وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة) فالقانون أقر للقاضي سلطة التعديل ولكن لم يحدد الوسائل التي يتبعها القاضي في هذا الشأن واكتفى بقوله لما تقضي به العدالة، ويرى جانب من الفقه أن هذا المعيار مطلق وغامض ورغم ذلك لا مانع من القول أنه مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن فيما بينهم والبعد عن التعسف وهذا إحساس طبيعي يحرك القاضي في تعديله أو إلغائه للشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان[2].

أما المقصود بالعدالة، فعلى الرغم مما يحيط بهذا المبدأ من غموض وإبهام بسبب اختلاف الإحساس به من شخص لآخر، وتغيره باختلاف الأزمنة والأمكنة، فإنه يبقى في حقيقته معبراً عن مجموعة من الأسس الثابتة، التي تنشئ القانون للبشرية والنظام المثالي الذي يتعين الوصول إليه.

والعدالة كما أنها يجب أن تسيطر على العقد في كل مراحله سواء في المفاوضات السابقة عليه أو عند إبرامه أو تنفيذه فتخفف بذلك من جمود القانون أو تتلافى ما به من ثمرات[3].

حيث أن دور القاضي ليس هو الوقوف على ما يريده الطرفان ولكن استعراض مجموعة المصالح القائمة في الدعوى والتي تكشف عن ظروف الواقع. كذلك ما

---

[1] فودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 363.

[2] عبد السلام، سعيد، مرجع سابق، ص 17.

[3] سباتين، خالد محمد، مرجع سابق، ص 139.

تتجه إليه الإرادة الحقيقية للوقوف على حقيقة النزاع وإعطاء الحلول المثلى وأكثر عدالة والمتفقة مع القانون والمنفعة المشتركة.

ومن أجل هذا يجب أن يكون لدى القاضي إحساس نقي بالصواب وينطلق في بحثه من اعتبارات موضوعية وليس ذاتية.

وقد عبر الفقيه جونو عن ذلك بقوله: (عند تغييب الإرادة الشخصية أو يكون مشكوكاً في أمرها يبحث القاضي عن العدل الموضوعي فهو ليس جهازاً يسجل الكلمات ولكنه مثل المشرع في هذا الصدد يضع الوسيلة الفعالة لكفالة تطبيق القانون)[1].

فيقوم القاضي بإعمال سلطته التقديرية لبيان مقدار التعسف في الشرط وبيان مقتضيات العدالة فإذا كشف بحسب تقديره شرطاً تعسفياً في العقد فله أن يعدله بما يزيل أثر هذا التعسف أو إلغاء الشرط التعسفي وفقاً لما تقضي به العدالة وبما يحقق التوازن الاقتصادي للعقد ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك[2].

ومعيار العدالة يصلح كأساس يستدل به القاضي ويرجع إليه في تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه.

وجاء في نص الفقرة الأخيرة في نص المادة 149 مدني مصري تقابلها المادة 204 مدني أردني: (... ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، وعند التمعن واستطلاع نص المادة 149 مدني مصري، أن هذه الحماية التشريعية آمرة، أي أنه لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعادها وكل ما من شأنه تعطيلها يكون باطلاً ومخالفاً للنظام العام والقول بغير ذلك يعني أنها حماية صورية[3].

وأرى أنه من السهل على الشركات المحتكرة أن تضمن العقد شرطاً يحد من سلطة القاضي بمراقبته الشروط التعسفية فيه ثم تفرضه على الطرف المذعن الذي لا يستطيع إلا التسليم به ولاسيما إذا ما علمنا أن سلطة القاضي جوازية وهذا قصور من المشرع حول إعطاء القاضي سلطة جوازية وليس وجوبية بالتدخل لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية.

---

(1) عبد السلام، سعيد، مرجع سابق، ص18.

(2) معوض، فؤاد محمود (2004). دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي، مع الإشارة لموقف القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ص 262.

(3) عبد السلام سعيد، مرجع سابق، ص20.

الفصل الرابع
دور القاضي في تفسير عقد الإذعان

المبحث الأول: القاعدة العامة لتفسير العقود وتفسير عقد الإذعان.

المبحث الثاني: التفسير الضيق والتفسير الواسع لعقد الإذعان.

المبحث الثالث: صور وتطبيقات عملية لبعض أنواع عقود الإذعان.

الفصل الرابع

دور القاضي في تفسير عقد الإذعان

كما للقاضي سلطة في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان له سلطة في تفسير العبارات الغامضة لعقود الإذعان، وأشارت إلى ذلك المادة 240 مدني أردني والتي تنص: (1- تفسير الشك في مصلحة المدين.

2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن). وللقاضي دور كبير في تفسير العقد وتحديد مضمونه، وهذا واضح في نصوص المواد 2/239، 2/100، مدني أردني، لا بل هو من تسند له مهمة التفسير.

لذلك سيتم تناول موضوع هذا الفصل من خلال ثلاثة مباحث:

الأول: سيخصص لموضوع القاعدة العامة لتفسير العقود وتفسير عقد الإذعان.

والثاني: التفسير الضيق والتفسير الواسع لعقود الإذعان.

والثالث: صور وتطبيقات عملية لبعض عقود الإذعان.

المبحث الأول

القاعدة العامة لتفسير العقود وتفسير عقد الإذعان

حدد المشرع الأردني في المادة 239 التي تقابلها المادة 150 مصري، و111 جزائري القاعدة العامة لتفسير العقود وتنص على ما يلي:

(1- إذا كانت عبارة العقد واضحة لا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

2- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل أو بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات).

وأيضاً جاء بنص المادة 240 فقرة 1 أنه (يفسر الشك لمصلحة المدين) إذاً هناك ثلاث حالات في تفسير العقد "وضوح عبارات العقد، غموض عبارات العقد، الشك يفسر لمصلحة المدين".

وقبل التعرض لهذا الموضوع سأعرج بشكل مختصر عن موضوع مفهوم تفسير العقد وأهميته وأنواعه.

المطلب الأول

مفهوم تفسير العقد وأهميته وأنواعه

الفرع الأول: ماهية التفسير.

التفسير في المعنى اللغوي له، مأخوذ من الفسر "وهو البيان والكشف والإيضاح والتفسير مثله: وهو الإبانة وكشف المراد والتبين والتوضيح"[1].

ومنه قوله تعالى: "ولا يأتُونَك بِمَثَل إلا جئناك بالحقّ وأحسن تفسيرا"[2].

وقيل الفسر (بفتح الفاء) هو تحليل الأجزاء وانفصال بعضها من بعض، يقال فسرت النورة (حجر الكلس) إذا نضحت عليها الماء لتنحل أواخرها، وكأن التفسير يفصل أجزاء معنى المفسر (بتشديد السين مع الفتح) بعضها من بعض حتى يتأتى فهمه والانتفاع به[3].

فكلمة تفسير في اللغة تعني التوضيح والبيان والاستدلال والتحليل وهذا يقتضي إعمال العقل[4].

أما التفسير في الاصطلاح: يبدو أن الفقهاء لم يتفقوا على وضع تعريف واحد لتفسير العقد، والدليل على ذلك كثرة التعاريف الخاصة به، فقد عرفه بعضهم بأنه استجلاء المعنى الحقيقي للنص ويراد بمناسبة تنفيذ العقد وبصفة خاصة –

---

(1) انظر في معنى التفسير لغة: القاموس المحيط (1998). لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزأبادي، الطبعة الخامسة، مادة فسر، ج2، ص110. أبو بكر الرازي: مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1967، ص503. وانظر كذلك في لسان العرب، للشيخ محمد بن مكرم بن منظور، دار المعارف، مادة فسر، الجزء الخامس، بيروت.

(2) سورة الفرقان، الآية 33.

(3) الطوقي، نجم الدين، الأكسير في علم التفسير تحقيق عبد القادر حسن، الطبعة النموذجية، ص2. مشار في الصرمي، يحيى رزق (1995) سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني، مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ص2.

(4) الصرمي، يحيى رزق، المرجع السابق، ص 2.

استجلاء معنى العقد، والوقوف على الإرادة المشتركة للعاقدين، ويتأتى ذلك من خلال عبارات العقد[1].

ويضع جانب من الفقه، تعريفاً مفصلاً لتفسير العقد فيقول: "هو بحث واقعة لمعرفة قيمتها"[2].

ووضع الدكتور عبد الحكيم فودة في رسالته تعريفاً جامعاً للتفسير، فقال: "هو تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترض العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به"[3].

إذاً التفسير عملية ذهنية، إلا أن هذه العملية ذات شقين: شق مادي وآخر معنوي، الأول: ينحصر في البحث عن التغييرات المدونة في العقد، في صيغة شرط أو أكثر، حيث يقوم المفسر بتقريب أجزاء الشرط من بعضها أو بتقريب الشرط من الشرط الذي يسبقه أو يليه أو حتى تقريب التصرف من تصرف سابق أو لاحق عليه، أو معاصر لتحريره. كما يستعين في ذلك ببعض المعايير الموضوعية، كالعرف الجاري في المعاملات وما يستخلصه من أقوال الشهود وقرائن الحال، أما الشق المعنوي: فإنه يأتي نتيجة للشق المادي سالف الذكر وبمعنى آخر هو مجموعة من الأفكار التي تستقر لدى القاضي من حصيلة بحثه السابق ويعتبرها تشكل النية المشتركة للطرفين[4].

أرى كباحث أن الدكتور عبد الحكيم فودة خير من وضع تعريفاً واضحاً لتفسير العقد وذلك لأنه جاء شاملاً، وربط العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بما جاء به العقد وما يكتنفه من غموض وما يتفرع عنه نتيجة تنفيذ بنوده ولأنه بهذا التعريف التفسير يشمل جميع الحالات التي يمكن أن يرد عليها النص ولذلك هذه المهمة لا يقوم بها إلا القاضي المتمكن قانونياً في تفسير العقود ولأن العقود التي تنظم شؤون الحياة وخصوصاً عندما تكون عبارات النص يكتنفها الغموض.

---

(1) رمضان، وليد صلاح، مرجع سابق، ص 139.

(2) رمضان، وليد صلاح، المرجع السابق، ص 139. انظر في، محسن البيه، مصادر الالتزام.

(3) رمضان، وليد صلاح، المرجع السابق، ص 140. انظر في ذلك د.عبد الحكيم فودة، تفسير العقد، مرجع سابق، ص 10، 11.

(4) رمضان، وليد صلاح، المرجع السابق، ص 137.

الفرع الثاني: أهمية التفسير.

تتضح هذه الأهمية بوضوح في حالتين:

الأولى: أنه ضروري للبحث في انعقاد العقد، وفي صحته، وتحديد آثاره، إذ يتوقف على تفسير العقد التعبير عن الإرادة لكل من المتعاقدين معرفة ما إذا كانت هاتان الإرادتان متطابقتين ومدى الاتفاق بين الإرادتين وما ينتج عنهما.

أما الثانية: فتظهر هذه الأهمية من خلال الوظائف التي يقوم بها، وهما وظيفتان:

الأولى: تحديد الالتزامات التي يتحملها كل متعاقد ومضمون كل التزام.

والثانية: أن التفسير يهدف إلى التوصل للحل القانوني المناسب الأكثر ملاءمة وفائدة من الناحية الاجتماعية الذي توصي به العدالة كأثر لهذا التصرف[1].

مثل الالتزام بالسلامة في عقد النقل.

---

(1) رمضان، وليد صلاح، مرجع سابق، ص 141.

الفرع الثالث: أنواع التفسير.

يقسم التفسير من حيث الجهة التي تقوم به إلى: تفسير تشريعي، وتفسير فقهي، وتفسير قضائي[1].

أولاً: التفسير التشريعي: هو التفسير الذي يصدر من المشرع نفسه، ويتحقق عندما يصدر القانون المفسر من المشرع مع صدور التشريع نفسه موضوع التفسير، فقد يرى المشرع ضرورة التفسير لوجود نقص أو غلط مادي في التشريع وكذلك قد تصدر القاعدة المفسرة عن المشرع في تاريخ لاحق لصدور التشريع موضوع التفسير، فعندما يقوم المشرع بإصدار قانون ما، فقد يكتنفه بعض الغموض فيلجأ إلى تفسيره فهو من أصدره وقادر على تفسيره وهذا قديماً، أما في العصر الحديث تدخل المشرع أصبح نادراً وعلى الأغلب ترك هذا الموضوع للفقه والقضاء بل أصبح من عمل القضاء وتقع على عاتقه هذه المهمة[2].

ثانياً: التفسير الفقهي: للفقه دور كبير في إعانة القضاء على تفسير الكثير من العلاقات القانونية والتعاقدية ويضع الكثير من الآراء والاقتراحات وخصوصاً عند وجود القصور في القوانين. ويتميز التفسير الفقهي بالطابع النظري، أي إنه يتم بطريقة مجردة عن الاعتبارات العملية، فالفقه عندما يفسر العلاقات القانونية لا ينطلق من مشكلة علمية محددة، وإنما يتصور بعض المشكلات التي قد تطابق الواقع وقد لا تطابقه ويحاول وضع أفضل الحلول مستخدماً في ذلك وسائل المنطقية والقواعد النظرية[3].

وعلى الرغم من أن التفسير الفقهي ليس له القوة الإلزامية، لكن عند تناول الفقهاء للأحكام القضائية بالدراسة والنقد والتحليل قد يكون له أثر في القاضي فيتفادى مستقبلاً الاتجاه الذي ثار فيه النقد وكذلك فإن الفقه قد يقترح حلولاً وتفسيرات للفروض والمسائل التي ليس لها حلول[4].

---

(1) جاموس، عدنان (1992). المدخل إلى علم القانون، جامعة دمشق، الطبعة الثانية، ص67.

(2) السعدي، محمد صبري (1977). تفسير النصوص في القانون الخاص والشريعة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص23.

(3) سلامة، أحمد (1974). المدخل لدراسة القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، ص192.

(4) فرج، توفيق حسن (1981). المدخل للعلوم القانونية، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 192.

ثالثاً: التفسير القضائي: القضاء هو الجهة الوحيدة المنوط بها أمر تطبيق القانون على واقع النزاع الذي يثيره الأفراد أمام القضاء للفصل فيه، ولابد للقاضي قبل تطبيق النص القانوني من فهم المراد فيه وتحديد معناه حتى يستطيع أن يطبقه تطبيقاً سليماً على واقع النزاع المثار أمامه، كما يجب عليه إيجاد الحل اللازم عند عدم النص وإلا اعتبر ناكلاً للعدالة[1].

فالقاضي ملزم بتطبيق القانون على النزاع المنظور أمامه وعند تطبيقه القانون يقوم بإصدار حكم القانون على النزاع وعليه أن يقوم بخطوات وإجراءات عملية لاستخلاص الحكم قبل إصداره "أي قبل تطبيقه على واقع النزاع" – من القاعدة القانونية المجردة. إذ يتأتى التفسير القضائي نتيجة لممارسة القضاة أثناء نظرهم في الدعاوي المرفوعة إليهم حتى يتوصلوا إلى حكم القانون في تلك الدعاوي وعليه يتكون التفسير القضائي من مجموعة تفسيرات التي يقوم بها القضاة بمناسبة المنازعات المطروحة عليهم، وهو ما يسمى بالسوابق القضائية[2].

وقد تعرض القانون المدني الأردني للتفسير، فوجه القاضي إلى وجهة معينة من حيث كيفية قيامه بهذه العملية وهي وجهة الرجوع إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي، فنص في المادة الثالثة مدني أردني منه على أن يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي[3].

والقاضي حين يفتش عن الحكم الملائم للنزاع لابد له من التحري أولاً وقبل كل شيء داخل النصوص وهو حين يفعل ذلك يكون قد مارس عملية التفسير[4].

---

(1) الصرمي، يحيى رزق، مرجع سابق، ص 31-32. انظر د. فرج، توفيق حسن (1981)، مرجع سابق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص 389. المقصود بالنكول: الامتناع عن الفصل في نزاع بحجة عدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه آخر، فإن فعل ذلك فهو مرتكب لجريمة إنكار العدالة.

(2) الصرمي، يحيى رزق، المرجع السابق، ص 32. انظر في نظرية القانون للدكتور عبد الباقي عبد الفتاح 1954 – دار النشر للجامعات، ص 277.

(3) المقاطي، محسن بن ناصر (2010). دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ص22. انظر الصراف، عباس، وحزبون – جورج. (1985). المدخل إلى علم القانون، عمان، نشر في الجامعة الأردنية، ص 61-62

(4) الصرمي، يحيى رزق، مرجع سابق، ص 5.

المطلب الثاني

تفسير عقد الإذعان

عقود الإذعان، تختلف عن غيرها من العقود من حيث التفسير، لأن طريقة تفسيرها لا تعامل معاملة العقود الأخرى، وذلك لغياب الإرادة الحقيقة المشتركة في عقد الإذعان، وهنالك من يرى بوجوب تفسيره كما تفسر القوانين نظراً لأنها أعمال انفرادية، فيراعى في تفسيرها العدالة وحسن النية وصالح الجماعة فتتسع فيها سلطة القاضي في التفسير عن سلطته في العقود بصفة عامة[1].

بينما يذهب الآخر إلى أن هذه التصرفات تفسر كما تفسر العقود، إلا أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا في شأن طريقة تفسيرها. فذهب القليل منهم إلى عدم التفرقة بينها وبين العقود العادية، بينما ذهب بعضهم الآخر إلى تفسير هذه العقود بطريقة التفسير الواسع وذلك بمراعاة ظروف إبرامها والانحياز إلى جانب الطرف الضعيف فيها[2].

فالمادة 240 مدني أردني نصت على:

(1- يفسر الشك في مصلحة المدين.

2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن، فالأصل أنه عند الشك تفسر العبارة الغامضة في مصلحة المدين. ولكن تستثنى من ذلك عقود الإذعان حيث يتعين أن يكون هذا التفسير في مصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أو مديناً وينهض بحكم هذا الاستثناء أن الطرف القوي في عقد الإذعان ينفرد بتحرير العقد، كما أن لديه من الوسائل ما يستطيع به أن يورد عبارات غاية في الوضوح، فإذا شابها غموض كان ذلك راجعاً إليه وعليه تقع تبعته.

وإذا كانت القاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين فإن المشرع قد خرج على هذه القاعدة في المادة 2/240 مدني أردني حيث جاء فيها: "ومع ذلك لا يجوز أن

---

(1) عبد السلام، سعيد، مرجع سابق، ص 1.

(2) عبد السلام، سعيد، المرجع السابق، ص 2.

يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"، وهنا يلاحظ أن المشرع العراقي كان موفقاً أكثر إذ نص في المادة 167 الفقرة 3 من القانون المدني العراقي: "ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً في مصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً".

فهنا المشرع العراقي في الفقرة السابقة قطع الطريق أمام الاجتهاد والتفسير في هذا المجال ومن الأفضل، لو نهج المشرع الأردني نهج المشرع العراقي وأضاف كلمة لو كان دائناً. هذا إذا أردنا توفير الحماية اللازمة للطرف المذعن ولا يكون هناك مجال للاجتهاد ولأن المذعن يجب أن يحظى بالحماية المناسبة من تغول الطرف القوي ولإقامة التوازن بين المتعاقدين في علاقاتهما التعاقدية، وإعمال هذا الحكم لا ينبغي إلا في حالة عدم إمكان إعمال قاعدة من قواعد التفسير، فإذا عجز القاضي عن الوصول إلى قصد المتعاقدين عن طريق تلك القواعد وثار الشك عنده فإنه يفسر لمصلحة الطرف المذعن دائناً كان أو مديناً[1]. وذلك تكريساً لمبدأ حماية الطرف الضعيف الذي تقع على عاتقه.

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية، النقطة الثانية منه على: "نصت المادة 924 على بطلان بعض الشروط لاعتبارات موضوعية وهي الشروط التعسفية التي لم يكن لها أثر في وقوع الحادث كشرط مخالفة القوانين في غير حالة الجرائم الجنائية أو الجنح المقصودة، وكونه من عقود الإذعان فهو أيضاً يخضع في تفسيره إلى قواعد خاصة منها الحكم ببطلان كل اتفاق يخالف نصوص القانون المنظمة لعقد التأمين ما لم تكن المخالفة لصالح المؤمن له أو المستفيد، ومنها أن يكون التفسير في حالة غموض النص لمصلحة المؤمن له كذلك الحال عندما يكون الشرط تعسفياً، وثانياً لأن هذه الشروط ليس لها أثر في وقوع الحادث المؤمن منه، كذلك فهي شروط تعسفية القصد منها إعفاء شركة التأمين من مسؤوليتها تجاه المؤمن له عن هذه الأضرار، لذلك فهي شروط باطلة وليس لها أثر قانوني ولا يجوز الاحتجاج بها تجاه المؤمن له"[2].

---

[1] التميمي، فتحي، مرجع سابق، ص 31. وانظر كذلك في فرج، توفيق حسن (1988). النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، بيروت، ص 304.

[2] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، رقم 1999/736 هيئة خماسية، تاريخ 1999/12/26 المنشور على الصفحة 798 من عدد مجلة نقابة المحامين الأردنيين بتاريخ 2001/1/1، منشورات مركز عدالة.

وبالرجوع إلى المادة 239 مدني أردني نجد أن المشرع الأردني قد وضع القاعدة الأساسية للتفسير وأوجب على القضاء اتباعها، إلا أنه أردفها بقاعدة احتياطية تضمنت معياراً موضوعياً يجب على القاضي اللجوء إليه إذا ما تعذر عليه التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بالرغم من إعمال القواعد المساعدة إذا ألزمه بالأخذ بقواعد العدالة وحسن النية، وذلك من خلال قاعدة تشريعية واستثناء نصت عليه المادة 240 مدني أردني، وهذه القواعد تتعرض لحالات ثلاث.

هي حالة وضوح عبارة العقد، وحالة غموض العبارة بالإضافة إلى حالة قيام الشك من التعرف على الإرادة المشتركة من المتعاقدين، والمشرع أتى بقاعدة أساسية في تفسير كل من هذه الحالات وهي قواعد تطبق على جميع العقود بما في ذلك عقود الإذعان[1].

وسنتناول هذه الحالات تباعاً.

أولاً: حالة وضوح العبارة.

جاء في الفقرة الأولى من المادة 239 مدني أردني، أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين". الأصل هو أن العبارة الواضحة وهي الإرادة الظاهرة، تعبر عن حقيقة إرادة المتعاقدين، فيجب التقيد بهذا الأصل سواء أخذنا بالإرادة الظاهرة أو الإرادة الباطنة، ذلك أن المقصود بوضوح العبارة هو وضوح التعبير في الدلالة على قصد المتعاقدين، فيجب اعتبار تلك العبارة معبرة تعبيراً صادقاً عن إرادتهما المشتركة. وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات فما على القاضي عند وضوح العبارات الواردة في العقد إلا التطبيق[2]، وتطبيقاً لذلك جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الأردنية: "(إذا كانت نصوص العقد واضحة فلا يجوز تفسيرها بالانحراف عما تهدف إليه والقول بما لا ينسجم مع إرادة الطرفين)"[3].

---

(1) السباتين، خالد محمد، مرجع سابق، ص 101.

(2) أحمد، محمد شريف (1999). مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص 131.

(3) تمييز حقوق رقم 99/262 مجلة نقابة المحامين عدد 9، ص 3127. وانظر كذلك تمييز حقوق رقم 97/191 مجلة نقابة المحامين 1992، ص 2035.

وفي قرار آخر: (تأخذ المحكمة في تفسيرها للعقد بالمعنى الواضح المفهوم من التعبير الذي اختاره المتعاقد إن كان مظهراً لإرادتهما ولا سبيل لتجاوز المعنى الواضح إلى معنى آخر لا تتحمله عبارات العقد ولا تقتضيه طبيعته)[1].

ثانياً: عندما تكون عبارة العقد غامضة.

تنص الفقرة الثانية من المادة 239 مدني أردني على: (أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات). هذه المادة تعالج افتراضين:

الفرض الأول: وضوح اللفظ وعدم وضوح الإرادة، كأن يكون اللفظ واضحاً ولكن طبيعة العقد أو ظروفه تشكك في أن يكون معناه الظاهر هو الذي قصده الطرفان، فللقاضي في هذه الحالة أن يعدل هذا المعنى الظاهر إلى غيره من المعاني إذا تبين له من ظروف الدعوى ما يبرر الأخذ بالمعنى الآخر على أن يبين في حكمه للأسباب التي تبرر العدول عن المعنى الظاهر إلى غيره ويخضع في تسبيب ذلك إلى رقابة محكمة التمييز.

أما الفرض الثاني: هو غموض اللفظ أو إبهامه، وإمكان تفسيره في هذه الحالة يتعين على القاضي اللجوء إلى القرائن المختلفة لتحديد المعنى المقصود من العبارة[2].

ويقصد بالغموض حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد فلا تكشف بجلاء عن الإرادة المشتركة للطرفين لتردد العقد بين عدة وجوه للتفسير، كل منها محتمل ويتعذر ترجيح وجه على الآخر.

وقد بين المشرع الأردني للقاضي بعض العوامل التي ينبغي له أن يستند ويهتدي بها في الكشف عن إرادة طرفي العملية التعاقدية، وهي بمجملها عوامل موضوعية

---

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1984/389، هيئة خماسية، تاريخ 1984/7/31، المنشور على الصفحة 1556 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1984/1/14.

[2] أحمد، محمد شريف، مرجع سابق، ص 132.

أو عوامل مادية يستطيع القاضي الاعتماد عليها: طبيعة التعامل، وشرف التعامل (الثقة والأمانة)، والعرف الجاري في المعاملات[1].

فطبيعة التعامل يقصد بها موضوع العقد، فإذا احتمل عبارة العقد أكثر من معنى اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد ما لم يصرحا بخلاف ذلك، وشرف التعامل أن الأمانة في التعامل تقتضي عليه أن لا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير، ما دام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه.

أما العرف يقصد به كل عادة شائعة بين المتعاقدين في طراز العقد الذي ارتبط به المتعاقدان على نحو يجعلها شرطاً ضمنياً مفهوماً في التعامل ومع ذلك يجوز للقاضي أن يلجأ إلى عوامل ودلائل أخرى كلما استطاع ذلك[2].

وعلى كلٍ فإن القاضي يسترشد بقدر الإمكان بما أشار إليه التقنين دون أن ينسى أن التفسير في نهاية المطاف مسألة فن وذوق وكياسة وخبرة[3].

ثالثاً: عندما يكتنف الشك إرادة المتعاقدين.

تنص المادة 240 الفقرة الأولى، على أنه يفسر الشك في مصلحة المدين.

يضع هذا النص القاعدة التي يتوجب على القاضي اتباعها في حالة قيام الشك لديه في حقيقة مدلول عبارات العقد، وهي قاعدة احتياطية في التفسير، بمعنى أنه لا يجوز اللجوء إليها إلا بعد تعذر الوصول إلى نتيجة محددة بموجب قواعد التفسير الأصلية المنصوص عليها في المادة 239 مدني أردني[4].

فلو اتفق في عقد البيع مثلاً على أن يقوم البائع بعمل إصلاحات معينة في المبيع قبل تسليمه، على خلاف القاعدة القانونية المكملة التي تقوم: بأن البائع يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي كانت عليها وقت البيع، ثم ثار الشك حول مدى الإصلاحات التي يلتزم بها البائع فُسِّر الشك على أن المعنى الذي يحقق مصلحة البائع وهو المدين[5].

---

[1] السباتين، خالد محمد، مرجع سابق، ص 106.
[2] أحمد، محمد شريف، مرجع سابق، ص 133.
[3] بن حامد، لعشب، ص 153.
[4] السباتين، خالد محمد، مرجع سابق، ص108.
[5] أحمد، محمد شريف، مرجع سابق، ص 134.

فالرأي الراجح فقهاً وقضاءً "هو تفسير الشك في شروط العقد لصالح المتعاقد الذي يضار من الشرط الذي يجري تفسيره بصرف النظر عن وضعه في العقد سواء كان دائناً أو مديناً، وهو ما يتفق مع الأساس الذي أقام عليه المشرع قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، فالمستفيد من الشروط هو الذي يملي أحكامه، فإذا قصر في ذلك فليتحمل مغبة إهماله"[1].

من كل ذلك نجد أن الفقه والقضاء "قد تفهما عدم قدرة الطرف الضعيف على صياغة أي شرط من شروط التعاقد، بما في ذلك الشروط التي قد يبدو مستفيداً منها بوصفه دائناً، الأمر الذي دفع المشرع إلى تقنين ذلك بالنسبة للطرف المذعن، إذ نص على استثناء على هذه القاعدة لمصلحته، كونه يمثل الطرف الضعيف دائماً[2]"، وهذا واضح في نص المادة 2/204 مدني أردني وسنتناول هذا تالياً.

الاستثناء: تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن

تنص الفقرة الثانية من المادة 240 من القانون المدني الأردني على أنه: "ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

يتضح من هذه الفقرة: أن المشرع أورد على قاعدة أن (يفسر الشك في مصلحة المدين) استثناء وهو أنه إذا كان العقد من عقود الإذعان وكان في عباراته غموض تعذر إيضاحه عن طريق التفسير، فإن الشك لا يصح تفسيره لمصلحة المدين، بل يجب تفسيره لمصلحة الطرف المذعن دائناً كان أو مديناً)[3].

وذلك لأن هذا الطرف لا يكون له دخل أو علاقة في وضع عبارات العقد، إذ هي غالباً من إملاء الطرف الآخر فيجب أن يتحمل هذا وزر ما فيها من غموض لا تفلح وسائل التفسير في إيضاحه[4].

فإذا تضمن عقداً من عقود الإذعان – كعقد التأمين أو عقد العمل – شرطاً غامضاً – ولم يستطع القاضي تبديد هذا الغموض بوسائل التفسير المتاحة والممكنة، بل

---

(1) السباتين، خالد محمد، مرجع سابق، ص 111.
(2) السباتين، خالد محمد، المرجع السابق، ص 111.
(3) أحمد، محمد شريف، مرجع سابق، ص 134.
(4) أحمد، محمد شريف، المرجع السابق، ص 134.

يظل الشك قائماً حول ما أراده العاقدان من عبارة هذا الشرط، فهنا يجب على القاضي تفسير هذا الشك في مصلحة الطرف المذعن – أي المستأمن أو العامل – وذلك دائماً وفي كل الأحوال، حتى ولو كان من شأن القواعد العامة أن تجعل تفسير الشك في مصلحة الطرف الآخر المشترك – المؤمن أو رب العمل – كما لو كان من شأن الشرط الذي لابسه الشك وأحاط به أن يشدد من مسؤوليته العقدية – كأن يلزمه مثلاً، بتعويض الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع – لما تقضي به القواعد العامة في القانون[1].

وأيضاً ينطبق هذا الاستثناء على كافة شروط العقد سواء كانت المطبوعة أو المخطوطة إذ إن هدف المشرع هو حماية الطرف المذعن (الضعيف)، إزاء كافة شروط العقد، وإن كانت أكثر بروزاً ووضوحاً بالنسبة للشروط المطبوعة التي ينفرد بإملائها الطرف القوي (الموجب)، فهي كذلك تبقى موجودة بالنسبة للشروط المخطوطة التي تضاف عادةً بعد نقاش طرفي العقد، ذلك أن الطرف المذعن ليست لديه القدرة على صياغة أي شرط من شروط العقد، حتى تلك التي تبدو لصالحه لما يتمتع به الطرف القوي من هيمنة لا يستهان بها حتى بالنسبة للشروط المخطوطة[2].

وقد قيل في قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف الضعيف عدة تبريرات أولها أن الالتزام يمليه الدائن لا المدين فإذا أملاه مبهماً يحوم حوله الشك فالخطأ خطؤه ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين إذا كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً لا شك فيه[3].

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني الجزء الأول ص 246: "أن هناك ثلاث قواعد كلها تتضافر على إقرار هذا المبدأ (تفسير الشك...)

1- اليقين لا يزول بالشك فإذا كان هناك شك في مديونية المدين، فاليقين أنه بريء الذمة ولا يزال هذا اليقين بالشك.

---

(1) عبد الدايم، حسني محمود، مرجع سابق، ص 197.
(2) جميعي، حسن، مرجع سابق، ص 255.
(3) معوض، فؤاد محمود، مرجع سابق، ص 263.

2- الأصل بقاء ما كان على ما كان، وبراءة الذمة تسبق المديونية، فتبقى بــراءة الذمة قائمة على ما كانت ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين.
3- الأصل براءة الذمة فيفترض فيمن يُدّعى عليه بالدين أنه بريء الذمة حتى يقيم من يدعي الدين الدليل القاطع على أن له ديناً في ذمته وإذا كان هناك شــك فــي مديونية المدين رجحت براءة ذمته وفسر الشك في مصلحته"[1].

وأيضاً يمكن تبرير تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن في أن المتعاقد الآخر وهو الطرف القوي، هو الذي وضع شروط التعاقد، وكان يستطيع أن يفرض على الطرف المذعن شروطاً واضحة لا غموض عنها، فإذا لم يفعل ذلك، فإنــه يُؤخــذ بخطئه وتقصيره، ويتحمل هو تبعة الغموض الذي تسبب فيه[2].

وبما أن القاعدة المهمة في عقود الإذعان، هي تفسير الــشك لمــصلحة الطــرف المذعن، كان لها أيضاً حظ التطبيق بمعرفة القضاء الحديث، ففي عقد النقل إذا ثار شك حول انتفاء مسؤولية الناقل أو قيامها، افترض قيامها حتى يثبت العكس وذلك حماية للطرف الضعيف في العقد. تقول محكمة النقض: "لما كانــت أحكــام تلــك المعاهدة (المعاهدة الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن) الموقعة ببروكسل في 25 أغسطس سنة 1954 علــى مــا بُــيّن مــن الأعمــال التحضيرية الخاصة بها - أنه إذا هلكت البضاعة أو لحقها تلف أو نقــص تعــذر تحديد وقت حصول هذا الهلاك. أهو قد حصل قبل الشحن أم بعد التفريغ أو أثنــاء الرحلة البحرية - فإن الضرر يفترض وقوعه في فترة النقل البحري بمعنى الكلمة - أي في الفترة التي تنقضي بين شحن البضاعة وتفريغها فقط، إلا إذا أثبت الناقل أن الهلاك قد حدث أثناء العمليات السابقة على الشحن أو اللاحقة للتفريغ"[3].

فتفسير العقد يعدّ مسألة موضوعية، إذ يعتمد أساساً على وقائع وظــروف العقــد، وبصفة خاصة، العبارات التي استُعملت فيه، وبالتالي فإن القاضي لا يخضع فــي قيامه للتفسير لرقابة محكمة النقض مادام قد التزم القواعد الممكنة فــي تفــسيره، ومادام أنه قد استخلص نتائجه من مصادر موجودة فعلاً لا وهماً، وغير متعارضة

---

[1] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (1985)، المكتب الفني، مطبعة التوفيق، عمان، ط2، ص 246.
[2] عبد الدايم، حسني، مرجع سابق، ص 197.
[3] نقض مدني مصري 191 فبراير سنة 1960، المكتب الفني لسنة 11 رقم 21، ص 137. انظر في ذلك د.عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص 377.

مع الثابت من ظروف النزاع، ومتى كانت عبارات العقد تحتمـل المعنـى الـذي حصلته.

وكما هو الشأن بالنسبة إلى تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منهـا، لا يجـوز للطرف المذعن أن يتمسك بقاعدة عدم جواز تفسير الشك إضراراً به لأول مـرة أمام محكمة النقض[1].

---

[1] عبد الدايم، حسني، مرجع سابق، ص 198.

المبحث الثاني

التفسير الضيق والتفسير الواسع لعقود الإذعان

هناك اتجاهان رئيسيان ما زالا يتنازعان تفسير عقود الإذعان، اتجاه إلى التفسير الضيق، وآخر إلى التفسير الواسع[1]. وأن كليهما يتوقف على صياغة النص ومدى تطابق هذه الصياغة مع قصد المشرع وتوجد إلى جانب ذلك روابط لها دور في جعل التفسير واسعاً أو ضيقاً[2].

وسأبين المقصود ومدى العمل بهما في القضاء وبشكل مختصر مفيد.

المطلب الأول

التفسير الضيق

تفسير العقد تفسيراً ضيقاً يعني تطبيق شروطه حرفياً، دون أن يؤخذ بمبادئ العدالة أو حسن النية في الحسبان. ويأتي هذا التفسير الضيق في التطبيق الصارم للفقرة الأولى من المادة 1134 مدني فرنسي، يأخذها حرفياً، وتناسى الفقرة الثالثة من نفس المادة التي تذهب إلى أن العقود يجب أن تنفذ وبحسن نية، الأمر الذي يتنافى مع الحكمة التشريعية لا يُراد الفقرتان في نص واحد. ومؤدى التفسير الضيق لعقود الإذعان أن يحظر إعادة النظر في الشروط التعسفية المجحفة الواردة بعقود الإذعان بحجة تنافيها مع العدالة – بل يتعين أخذ الطرفين بحكمها، إعمالاً للنص سالف الذكر، طالما انعقد العقد صحيحاً بين طرفيه. والقاضي الذي يعيد النظر في هذه الشروط، رغم وضوحها، يحرف العقد ويعرض بذلك حكمهُ للنقض[3].

مثال ذلك ما جرت عليه عادةً شركات التأمين من إلزام المستأمن بذكر التأمينات الأخرى التي أبرمها مع شركات التأمين والمتعلقة بنفس الخطر، سواء كان هذا الإعلان في صلب الوثيقة أو ملحقها ويؤدى إغفاله إلى سقوط حق المستأمن في التعويض. وعلى هذا الأساس قضى بأن العلم الفعلي الذي توفر لدى الشركة

---

[1] فودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 310.

[2] الصرمي، يحيى رزق، مرجع سابق، ص 435.

[3] فودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 310.

بالتأمين الجديد لا يعفي المستأمن من التزامه، ويؤدي الإخلال به إلى سقوط حقــه في التعويض(1).

وفي مجال التفسير الضيق، نقضت محكمة النقض الفرنسية حكمـاً ألـزم شـركة التأمين بدفع تعويض للمستأمن رغم تغييره استعمال السيارة الوارد بالوثيقة علـى أنها مخصصة (للنزهة وأعمال المهنة) إلى الاستعمال التجاري. فقد فسرت محكمة الدرجة الأولى كلمة أعمال الواردة ضـمن عبـارة "Luxet affaires" تفـسيراً واسعاً، ليشمل حالة الاستعمال التجاري الذي كانت عليه السيارة وقت الحادث، وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم، بعد أن رفضت دفاع الشركة بـأن المـستأمن أساء الإعلان عن الخطر المؤمن من أجله، فقد استندت في تأييدها للحكم أن كلمة affaires كلمة عامة تمتد لتشمل كل نشاط.

يلاحظ من هذا الحكم إلى أن محكمة النقض وإن أخذت على قـضاة الموضـوع تفسيرهم الواسع للألفاظ، بإدخال حالة ضمن الشرط لا يستدعيها بالفعل، بأن رأت ضرورة تفسير لفظ أعمال تفسيراً ضيقاً، يقتـصره علـى مفهومـه فـي نظـر الطرفين، وهو المفهوم المتصل بوظيفة المستأمن فلا يفسر اللفظ مجرداً بعيداً عن الوثيقة، وإنما يفسر على ضوء باقي شروط العقد والهدف منه. ونرى أنـه علـى الرغم من أن هذا التفسير تفسير ضيق إلا أنه تفسير محمـود، إذ يلتـزم الأبعـاد الصحيحة للتفسير(2).

والقضاء المصري القديم نهج نهج القضاء الفرنسي، إذ كان يلتزم فيـه الـشروط الواضحة والمحددة، ويأخذ الطرفان بحكمها ولا يسمح لقضاة الموضوع بتفسيرها، في أخذه بحرفية الشروط كان يرفض أي مد لنطاق الشروط لإدخـال حـالات لا يشملها التأمين(3).

ورغم ذلك نجد طريقة التفسير الضيق تعرضت للنقد التي تبناها القضاء من الفقـه الفرنسي من جانبين الأول عن تطبيقه المادة 1/1134 فرنسي على عقود الإذعان، والآخر عن تطبيقه المادة 1156 مدني فرنسي عليها.

(1) فودة، عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 316.
(2) فودة، عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 315-316.
(3) فودة، عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 560.

فنظرية الإرادة بأبعادها التقليدية غير قابلة للتطبيق الكامل على عقود الإذعان، لاختلاف جوهرها عن جوهر عقود المساومة، التي تجد فيها النظرية التقليدية المجال الطبيعي للتطبيق. ومن ثم كان لزاماً البحث عن طريقة مناسبة لتفسير هذه العقود[1]. وهذا ما سيتم التعرض له في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

التفسير الواسع

يقصد بالتفسير الواسع "التفسير الذي يهدف إلى إعادة النظر في الشروط التعاقدية التي يقدر القاضي أنها شروط تعسفية فيعمد إلى تعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها. ولا شك أن هذه الطريقة من طرق التفسير تتعرض للعقد في الصميم، بتعديل أو استبدال لبعض شروطه، ومن ثم فهي تحتاج إلى جرأة من القضاء في الإقدام عليها"[2].

"وإزاء الانتقادات المبررة التي وجهها الفقه إلى أحكام القضاء الفرنسي بخصوص تبني نظرية التفسير الضيق. وعدول المشرع الفرنسي نفسه عن ذلك بتعديل الفقرة الثالثة للمادة 1134 والمادة 1135 مدني فرنسي فعالج في الأولى ضرورة تنفيذ العقود بحسن نية. وعالج في الثانية بعدم الاقتصار في الإلزام بالعقود على ما ورد فيها وإنما بما يستتبعه الالتزام أيضاً وفق طبيعته وبما تقضي به العدالة والعرف والقانون"[3].

وساد الجدل أوساط الفقه حول التفسير الواسع أو التفسير الحر. فظهرت نظريتان فقهيتان، لهما شأن كبير في عقود الإذعان، هما نظريتا جونو وديريه، بنظرية جونو يرى أن عقود الإذعان ذات طبيعة لائحية وتعاقدية وقسم هذه العقود بالنسبة للشروط التي تحتويها إلى شطرين، الأول منها يسمى بالشروط اللائحية وهي شروط يضعها الموجب القوي في العقد ليفرضه على الطرف الآخر دون مناقشة، أما الشطر الثاني فهو عقد شأنه في ذلك شأن كل العقود العادية حين تلعب

---

(1) عبد السلام، سعيد، مرجع سابق، ص 58.
(2) فودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 322.
(3) عبد السلام، سعيد، مرجع سابق، ص 59.

فيه الإرادتان دورهما المعتاد. على إثر هذا التحديد من جانب جونو للطبيعة الحقيقية لعقود الإذعان، فقد نظم طريقة تفسيرها، بأن فرق بين تفسير الشق اللائحي والشق التعاقدي، مستنداً في ذلك إلى دور الإرادة وطريقة وضع كل منها في العقد متخذاً من القواعد التفسيرية أو التكميلية وجهاً للقياس، حتى يصل إلى النتيجة التي رأى صوابها فيفسر الشق التعاقدي مثل سائر العقود الأخرى، أما اللائحي – فإنه يشبهه بالقواعد المقررة – ويرى أن يجري تفسيره على النحو الذي يجري به تفسير هذه القواعد. بعيداً عن الجمود ومع شيء من المرونة ومن ثم يتمتع القاضي حيال هذا الشق اللائحي بسلطات رقابية وتوفيقية واسعة، إذا لم يطبقها حرفياً، بل بما يتفق ومقتضيات حسن النية، (الأوضاع الاقتصادية)[1].

أما في نظرية ديريه المنطلق يكون تفسير القاضي. إذ يبدأ أولاً بتحديد الوجه العام للعقد من خلال شروطه. فيتقصى القاضي النية المشتركة. وإذا تطرق التفسير إلى شرط تبعي مطبوع فإن على القاضي أن ينفذ إليه من خلال الوجه العام للعقد أي من خلال مما استقر لديه من نية مشتركة للطرفين. بحيث أنه إذا تبين له أن الشروط التبعية ليست مكملة أو محددة للشروط الجوهرية بل محرفة لها فإنها تكون قد تخطت نطاق الدور المحدد لها عندئذ تسقط عنها كل حجية. إذ هذه الشروط المطبوعة يجب أن تستبعد إذا ترتبت على تطبيقها الحرفي تعديل محسوس في الشروط الجوهرية والقول بخلاف ذلك يعني نصب كمائن للطرف المذعن في العقد من خلال الشروط المطبوعة. فلا يمكن التسليم بأن المذعن بتوقيعه على العقد إنما يقبل الإيجاب لكل ما ورد فيه فهذا يخالف الواقع[2].

فالنظريتان السابقتان متقاربتان، فجونو، يقسم العقد إلى شروط تعاقدية وأخرى لائحية ويجري ديريه هذا التقسيم أيضاً إذ يسمي الشروط التعاقدية شروطاً جوهرية، ويسمي الشروط اللائحية شروطاً تبعية، وكذلك بالنسبة للتفسير يرى جونو أن يكون تفسير الشروط التعاقدية باستخلاص النية المشتركة للطرفين وهو ما يراه ديريه بالنسبة للشروط الجوهرية وكذلك مراعاة حسن النية[3].

---

[1] فودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 324-325.
[2] عبد السلام، سعيد، مرجع سابق، ص63-64.
[3] فودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 329.

ولكن إزاء هذا الغموض الذي يحيط تفسير عقود الإذعان سواء في الفقه والقضاء نتيجة لعدم التناسب بين الإمكانيات الاقتصادية لطرفي التعاقـد. وضـعت حلـول مقترحة لحل مشكلة تفسير عقود الإذعان من خلال الحلول التـشريعية والحلـول القضائية[2].

وفي نهاية هذا المبحث أرى أيضاً أن ما ورد بنص المـادة 240 مـدني أردنـي بفقرتيها الأولى والثانية، يوجد تعارض بينهما وأنه يجب على المشرع إزالة هـذا التعارض إذا أراد الأخذ بما جاء بالفقرة الأولى ما عليه سوى حذف الفقرة الثانيـة وجعلها في مادة منفصلة. أما إذا أراد أن يبقي على الحماية للطرف المذعن فمـن الواجب عليه أن يعدل أو يضيف للفقرة الثانية عبارة ولو كان دائناً، وهذا يـؤدي إلى توفير أدنى حماية للطرف المذعن (الضعيف).

---

[2] عبد السلام، سعيد، مرجع سابق، ص 67.

المبحث الثالث

صور عملية لبعض أنواع عقود الإذعان وتطبيقاتها

لم يتفق الفقهاء على العقود التي تدخل ضمن مسمى عقود الإذعان. إذ إن بعضهم يتوسع في فكرة الإذعان بأخذه بمقولة سالي حول الانضمام فيدخل عقوداً أخـــرى، كما أن التطور الذي شهده هذا العصر أدخل صوراً أخرى تتوافر فيها شروط عقد الإذعان إلى جانب الصور التقليدية ولذلك فإن كل العقود سواء كانـــت مـــسماه أو غير مسماه يمكن أن تندرج ضمن عقود الإذعان إذا ما تـــوافرت فيهـــا الـــشروط اللازمة[1].

لذلك بعض العقود تكيف قانوناً على أنها من عقود الإذعان:

1- عقود التأمين:

على الرغم من وجود الكثير من شركات التأمين والمنافسة موجودة بينهـــا تعتبـــر عقود التأمين التي أصبحت من أهم ضرورات الحياة من أهم الأمثلة الحية علـــى عقود الإذعان التي يتم إعدادها وصياغتها بكل ما تتضمنه من بنود مـــن طـــرف المؤمن فقط ولا دور للمؤمن له في إعدادها، فما على الطرف المؤمن لـــه ســـوى القبول بما تشتمل عليه تلك النمـــاذج أو الـــرفض[2] وعلـــى الأغلـــب الرضـــوخ والانصياع لشروط المؤمن (شركات التأمين) دون مناقشة.

وبالتالي فإن شروط الإذعان واضحة بعقود التأمين ومن يقوم بوضـــعها شـــركات التأمين تعد لمصلحتها دون النظر لمصلحة الطرف المذعن، ولا يملـــك الطـــرف المؤمن له سوى قبولها متى كان التأمين حيوياً بالنسبة له دون أن يكون له الحـــق في طلب التعديل أو تغيير هذه الشروط، وإن كانت بعض الـــشركات تـــسمح لـــه بإدخال تعديلات طفيفة على بعض الشروط التي تدرج عادةً تحت قائمة الـــشروط الخاصة، إلا أن هذه التعديلات لا تمس الشروط الجوهرية لعقد التأمين وبالتالي لا تنال من وصف عقد التأمين كعقد إذعان[3]. وهذا يكاد أن يكون مستحيلاً.

---

(1) السباتين، خالد محمد، مرجع سابق، ص 43.
(2) التميمي، فتحي ماجد، مرجع سابق، ص 34.
(3) السباتين، خالد محمد، مرجع سابق، ص 44.

وقد عزز صفة الإذعان في عقد التأمين نظام الاتحاد الأردني لشركات التأمين رقم 30 لسنة 1989 إذ حدد من أهدافه وضع الأسس الفنية لأنواع التأمين المختلفة الشروط الخاصة لها وإعداد تعرفة الأسعار ثم توحيد عقود التأمين (م4/ق3.4) من النظام، كما ألزم الأعضاء (شركات التأمين) بالتقيد بهذه الأحكام تحت طائلة العقوبات التأديبية (م31 فقرة ب) مما يعني أن المؤمن لا يملك مناقشة شروط العقد إضافة أنه لا يملك حق مناقشة الأسعار إذ إن كلاً منها مجدداً بموجب نظام وتعليمات اتحدت شركات التأمين الأردنية التي تطبق على الجميع[1].

وجاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أنه: "يستفاد من المادة 924 من القانون المدني الأردني أنه يقع باطلاً كل شرط يرد في وثيقة التأمين يؤدي إلى بطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له وقد عددت هذه المادة تلك الشروط لأنها لم تبرز الشروط بطريقة مميزة وبحروف أكثر ظهوراً أو أكبر حجماً من باقي الشروط الأخرى حتى يكون لها أثرها في نفس المؤمن له ويجوز الاحتجاج بها. إذ إن عقد التأمين هو من عقود الإذعان التي يقوم بها المؤمن بطباعة نماذج العقد يضع بها شروطه التي لا يَقبل بها نقاشاً وما على المؤمن له سوى القبول والتسليم بها أو الرفض باعتباره الطرف الضعيف المذعن"[2].

ولحماية الطرف المذعن نصت المادة (924) مدني أردني:

"يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:

1- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة قصدية.

2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوبة إخبارها أو في تقديم المستندات إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول.

3- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر إذا كان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى بطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له.

---

(1) التميمي، فتحي ماجد، مرجع سابق، ص35.

(2) قرار تمييز حقوق صادر من محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2004/3589 (هيئة خماسية)، تاريخ 2005/2/22، منشورات مركز عدالة.

4- شرط التحكيم إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطلوبة في وثيقة التأمين.

5- كل شرط تعسفي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه".

يتضح هنا أن المشرع تنبه لضرورة حماية الطرف المذعن كما هو مبين في نص المادة (924) السابقة.

وقد جاء في قرار آخر لمحكمة التمييز الأردنية:

1. إذا كان المدعي يملك المركبة موضوع الدعوى بتاريخ الحادث وأنها كانت مؤمنة تأميناً شاملاً لدى المدعى عليها بتاريخ الحادث للقاطرة بمبلغ ثلاثين ألف دينار وللمقطورة بمبلغ عشرة آلاف دينار فإن الاجتهاد القضائي قد استقر على أن الشروط والاستثناءات الواردة في عقد التأمين التي تستثني نقصان القيمة وفوات المنفعة والمتمثلة ببدل عطل السيارة عن مدة التصليح باطلة بمقتضى نص المادة 924 من القانون المدني لأنها تهدف إلى إسقاط حق المؤمن له أو الانتقاص منه وتتعارض والغاية التي من أجلها شرع عقد التأمين في شروط تعسفية غير واجبة الإعمال، وعليه يكون ما توصلت إليه محكمة الاستئناف بإلزام المدعى عليها بنقصان قيمة السيارة وبدل العطل عن فترة التصليح واقعاً في محله وموافقاً للقانون والاجتهاد القضائي[1].

فلا يخفى هنا أن عقود التأمين بكافة أنواعها من أبرز الأمثلة على عقود الإذعان وهذا يتضح بالعديد من قرارات محكمة التمييز الأردنية التي تطرقت إلى ذلك، دون غيرها من العقود.

2- الإذعان في العقود التي تنظمها البنوك.

إن ما يرد في العقود التي تنظمها البنوك بمختلف أنواعها مع طالب الخدمة (العميل) لحاجته للاقتراض على سبيل المثال أو لشراء قطعة أرض أو ما شابه ذلك فإن تلك الشروط التي توضع تكون معدة سلفاً وما على الطرف الضعيف

---

[1] قرار تمييز حقوق صادر عن محكمة التمييز رقم 2009/3659 (هيئة خماسية)، تاريخ 2010/4/5، منشورات مركز عدالة.

سوى القبول لتلبية حاجته، وعلى الأغلب فإن العامة لا يعرفون ما يرد في تلك البيانات والشروط الواردة بتلك العقود.

وتعد البنوك عقودها وتضمنها شروطاً لا تقبل المفاوضة فيها إلا عندما تكون الصفقة مهمة فالعقود البنكية تعتبر في الواقع المثل الوصفي لعقد الإذعان بطبيعته فكثرة العمليات اليومية التي تقوم بها البنوك لا تخول مفاوضة عميقة بشأن كل عملية على حدة وضرورة حركيتها ونشاطها وعقلانيتها بفرض ثباتها وتماثلها، لذلك فإن النماذج المطبوعة تقدم إلى العميل لإمضائها وتكون متماثلة بالنسبة للعمليات التي على نفس النمط وتسير وفقاً لتصميم متماثل، فالعميل يتقدم إلى البنك وهو راضخ لكل الإجراءات سواء تلك المتعلقة بفتح الحساب الجاري والنقل المصرفي كما يخضع لشروط المدفوعات وتطبق عليه مبادئ من خلق هذه المؤسسات، كمبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري ومبدأ عدم التجزئة والاعتداد بالرصيد المؤقت. والحجز على الحساب الجاري والقيود العكسية وغيرها مما يؤدي بنا إلى القول بأن عميل البنك وهو يتعاقد يستسلم لأنظمة غالباً ما يكون جاهلاً لها ولا تقبل أي تعديل ولا مناقشة لأنها من صنع تلك المؤسسات الضخمة المتفوقة قوةً باحتكارها للخدمات وأنه يخضع لها ليحصل على الائتمان والثقة في معاملاته التجارية خاصة إذا تعلق الأمر بالتعامل في مجال التجارة الدولية[1].

ومثال حي على العقود التي تجريها البنوك صور من عقد إجارة منتهية بالتمليك (عقار) كما هو مبين بملحق هذه الدراسة، حيث يصاغ بهذا العقد من الشروط المجحفة المعدة والمطبوعة بدقة مسبقاً من قبل البنك وهنا دور العميل (المذعن) إما الإمضاء أو الرفض مع العلم بأن الغالبية العظمى تلجأ إلى الإمضاء على تلك العقود للحاجة لخدمات تلك البنوك مثل خدمة امتلاك بيت أو شراء شقة وغير ذلك.

---

[1] بن حامد، محفوظ لعشب، مرجع سابق، ص145.

3- عقود الاشتراك في الخدمات العامة.

لا يستطيع الإنسان الاستغناء عن الاشتراك في عقود الخدمات العامة كالتعاقد مع شركات المياه والكهرباء ونحو ذلك، إذ يعرض مقدم الخدمة سواء كانت شركة عامة أو خاصة عقداً نمطياً لا يقبل من المستفيد من الخدمة إلا التوقيع على العقد دون مناقشة أو رفض الخدمة وليس فيه لاختلاف الثمن أو شروط العقد.

إن عقود الاشتراك في الخدمات العامة هي من عقود الإذعان وصيغتها تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي يقبله وإلا يرفض العقد دون له الحق في تغيير العبارات الواردة فيه أو الشروط التي يتضمنها، مثال ذلك: عقد خدمة الكهرباء والماء، حيث تكون إرادة أحد الأطراف (المشترك) محكومة بالشروط التي يميلها بالطرف الآخر القوي اقتصادياً والمتمثل على سبيل المثال، بالشركة المتخصصة المحترفة فلا تكون للطرف الضعيف المشترك إلا الإذعان للشركة، وعادةً يتعلق عقد الإذعان بسلع وخدمات ضرورية للمستهلك وهي تكاد تكون محتكرة من جهة معينة أو جهات محددة وتعرض على الجمهور بشروط عامة على وجه الدوام[1].

---

[1] التميمي، فتحي ماجد، مرجع سابق، ص 39، انظر في ذلك جمال الدين، صلاح الدين (د.ت). عقود نقل التكنولوجيا، ص267.

وفي نهاية هذا البحث، **أرى** أن عقود الإذعان شرط لابد منه فلا يستطيع أي منَّا الاستغناء عن خدمة ضرورية تحتكر من قبل مؤسسة عامة أو خاصة مدعمة بقوى اقتصادية تملي شروطها على الطرف الضعيف (المذعن) حيث لا اعتبار لمصلحة المشترك فما عليه سوى الرضوخ، وفيما إذا أردنا الحد من تلك الشروط فلا بد من مكافحتها وعدم جعل تلك المؤسسات الاحتكارية بأيدي فئة ضئيلة تتحكم بقوت المواطن واحتكارها للسلع والخدمات وكذلك التوعية القانونية لمتلقي الخدمة والرقابة المستمرة ومراجعة تبعات تلك العقود من خلال تطوير التشريعات لمحاولة الوصول للتوازن وتوفير الحماية للطرف المذعن وأن لا يترك تحت رحمة تلك الشركات أو المؤسسات لتصول وتجول في فرض شروطها دون فرض رقابة من الدولة، **وفيما إذا تم ذلك يؤدي إلى الاستقرار الاقتصادي ومن ثم الاستقرار السياسي الذي تنشده كافة الشعوب على هذه البسيطة.**

الفصل الخامس
الخاتمة ونتائج والتوصيات

الخاتمة

بعد أن أوضحنا في هذه الدراسة أن للقاضي دوراً وسلطة منحها له المشرع في تعديل أو إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية الواردة بعقود الإذعان، وكذلك سلطته في التفسير التي هي مهمته الأساسية. وأن التفسير لعقود الإذعان يجب أن يكون لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أو مديناً، وحمايته من تغول الطرف الموجب القوي بإملاء شروطه الجائرة، وحيث أن هذه العقود عقود حقيقة فقد أفرد المشرع الأردني العديد من النصوص القانونية بالقانون المدني لعقود الإذعان في المواد (104، 204، 240) المقابلة للعديد من النصوص الواردة بالتشريعات العربية.

ونجد أن المشرع الأردني نهج على سبيل المثال نهج المشرع المصري فيما يتعلق بهذه العقود وبنفس الوقت لم ينهج وعلى سبيل المثال أيضاً نهج المشرع العراقي في معالجة القصور بالتشريع فيما يتعلق بحماية الطرف المذعن في نص المادة 240 الفقرة الثانية مدني أردني.

وقد أُتبع في نهج الدراسة الأسلوب الأقرب للمقارنة مع تشريعات عربية وأجنبية أخرى في التعرض لهذه العقود، حيث أن على المشرع الأردني مراجعة تلك النصوص التشريعية لمواكبة تطور التشريعات لما يتناسب والحاجة المستمرة للتطوير وخصوصاً في الحياة المعاصرة.

وقد أوضحت لنا الدراسة أن لا وجود للتوازن العقدي بين طرفي العلاقة وإن الطرف الضعيف هو المتضرر من هذه العقود جراء ما يرد من شروط تعسفية الصفة الملازمة لهذه العقود، وأن السير على خطى الدول الصناعية المتقدمة في حماية المستهلك تصب في مصلحة الجميع، ولاسيما أن الطرف القوي اقتصادياً يسعى لمزيد من جلب المكاسب على حساب الطرف المذعن (الضعيف).

والإقرار هنا أن مسألة معالجة الخلل الحاصل في عقود الإذعان وإذا رغبنا أن نجعلها أقرب للعدالة من خلال مراعاة مصالح العامة وتغليبها على مصالح الفئة القليلة وأن هذه المسؤولية تقع على عاتق الدولة والجهات الرقابية الأخرى ولابد وقبل انعقاد العقد الوقوف على مدى صحته لمعالجة الخلل حماية للطرف المذعن.

ويمكن هذا من خلال وضع شروط قانونية وقاسية لمن يتقلد وظيفة القضاء ليكون قضاءً قوياً يتصدى لتلك الاختلالات والتجاوزات، لما يملَ من شروط تعسفية بعقود الإذعان، التي على الأغلب مغطاة بمظلة وحماية قانونية من قبل المتنفذين بالدول لخدمة مصالحهم الشخصية ومصالح الدول المتقدمة.

بعد أن انتهينا من هذه الدراسة، ننتقل بعدها للتطرق عن أهم النتائج التي تم التوصل لها من خلال البحث، وأيضاً لبعض التوصيات التي نأمل أن تسهم في مساندة المشرع والقضاء في تطوير نصوص القانون المدني الأردني وقانون حماية المستهلك المتعلقة بعقود الإذعان، ومن ثم قائمة المصادر والمراجع.

وفي النهاية آمل أن يوافق بحثي هذا طموحكم وتطلعاتكم.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

أولاً : النتائج

رغم الاختلاف بين فقهاء القانون حول طبيعة هذه العقود إلا أنه تم التوصل في هذه الدراسة لبعض النتائج:

1- عقود الإذعان عقود حقيقية **بالمعنى الصحيح**، وهذا ما أقرت به أغلب التشريعات والسلطات القضائية وأغلب الفقهاء، إذ تعد كسائر العقود تتم بتوافق إرادتين.

2- الانتشار الواسع لهذه العقود وخصوصاً في الوقت الحاضر **تتحكم** بجميع مناحي الحياة.

3- وجود طرف قوي متحكم وطرف ضعيف لا حول له ولا قوة، حيث **الاختلال بالتوازن التعاقدي**.

4- القصور الواضح **بالتشريعات** في مواجهة هذه العقود.

5- أن القضاء لا يستطيع مواجهة تلك العقود بالشكل المطلوب منه وذلك لعدم حصوله على **الاستقلالية التامة**، وخصوصاً بدول العالم الثالث.

6- على الرغم من إعطاء سلطة جوازية للقاضي في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية الواردة بعقود الإذعان حماية للطرف المذعن، في ظل النصوص الحالية إلا أنها **غير كافية** في ظل التقدم التكنولوجي الهائل.

7- تبين أن القاضي يستطيع أن يفسر العقد في كل الأحوال، سواء كانت العبارات واضحة أو كانت غامضة. وبالنسبة لعقود الإذعان، القاضي لا يخرج عن عملية التفسير إلا عندما يتدخل **للإعفاء من** الشروط التعسفية حماية للطرف المذعن.

ثانياً: التوصيات

بعد هذه الدراسة، نقترح ونوصي الأخذ بما يلي:
أولاً: نقترح أن يتم تعديل المادة 104 مدني أردني وذلك بوضع **تعريف محدد** لعقود الإذعان بفقرة والإبقاء على ما ورد بالمادة السابقة بالنسبة للقبول كفقرة ثانية وأن لا يكتفي بذكر القبول بالنسبة لعقود الإذعان فقط كما هو منصوص عليه بالمادة الحالية 104 مدني أردني، أو **تخصيص مادة مستقلة** لتحديد ماهية عقد الإذعان.

ثانياً: نقترح تعديل نص المادة 204 التي تنص على: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها، وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". لتصبح على النحو التالي: (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية **يجب على المحكمة** أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها **ولو لم يطلب ذلك ووفقاً** لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).
باعتقادنا هنا تصبح سلطة المحكمة وجوبية وليست جوازية وذلك لأن النزاع يعرض أمام القاضي وهو من يفصل فيه وهو المعني بتطبيق القانون على وقائع النزاع المعروض أمامه، بهذا يكون القاضي أمام استقلالية ولا ضير من ذلك لوجود رقابة على ما يصدر من أحكام من القاضي، وهذا كذلك يؤدي إلى إعطاء القاضي **الحق للتدخل** من تلقاء نفسه لإجراء التعديل أو الإلغاء أو غير ذلك لهذه الشروط (التعسفية) دون أن ينتظر دعوى المتضرر (المذعن).

رابعاً: نقترح تعديل نص الفقرة الثانية من المادة 240 التي تنص على: (2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن). لتصبح على النحو التالي: (2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن **ولو كان دائناً**)، وذلك كما فعلت بعض القوانين المدنية العربية حمايةً للطرف المذعن.

خامساً: نقترح، أنه حان الوقت ليرى النور مشروع قانون حماية المستهلك الأردني، والذي سحب في العام 2006 من ديوان التشريع، وذلك لتوفير حماية للطرف الضعيف (المستهلك – المذعن).

المراجع

القرآن الكريم.

أولاً: الكتب القانونية:

أحمد، محمد شريف (1999). **مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، جامعة آل البيت.

البدراوي، عبد المنعم (1963). **النظرية العامة للالتزامات**، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.

الترمانيني، عبد السلام (1961). **سلطة القاضي في تعديل العقود، في القانون المدني السوري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية**، مجلة المحاماة، العدد السادس، 899-921.

جاموس، عدنان (1992). **المدخل لعلم القانون**، جامعة دمشق، الطبعة الثانية.

جميعي، حسن (1990-1991). **إثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع الإشارة للقوانين الإنجلوأمريكية**، دار النهضة العربية، القاهرة.

الحكيم، عبد المجيد (1993). **الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية**، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الشركة الجديدة للطباعة، عمان.

رمضان، وليد صلاح (2009). **القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة**، كلية الدراسات الإسلامية، جامعة الأزهر، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

السرحان، عدنان وخاطر، نوري (2000). **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية**، مكتبة الجامعة الأردنية.

سلامة، أحمد (1974). **المدخل لدراسة القانون**، دار الفكر العربي، القاهرة.

سلطان، أنور (1998). **الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

سلطح، حمدي محمد (2006). **القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، دار الفكر الجامعة، الإسكندرية.

سليمان، شيرزاد عزيز (2008). **حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقات الدولية**، الطبعة الأولى، منشورات دار دجلة، المملكة الأردنية الهاشمية.

السنهوري، عبد الرزاق (1952). **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام**، دار النشر الجديدة للجامعات المصرية، القاهرة.

السنهوري، عبد الرزاق (1966). **الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام**، دار النهضة العربية، القاهرة.

السنهوري، عبد الرزاق (1983). **الموجز في النظرية العامة للالتزام**، مطبعة لجنة التأليف والترجمة للنشر، القاهرة.

السنهوري، عبد الرزاق (1998). **نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية**، لبنان، بيروت.

سوار، محمد وحيد الدين (1977-1978). **شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام**، الجزء الأول، مصادر الالتزام.

سوار، محمد وحيد الدين (1996). **الاتجاهات العامة في القانون المدني**، دراسة موازية للفقه الإسلامي، والمدونات العربية، مكتبة الجامعة الأردنية.

الصدة، عبد المنعم فرج (1958). **محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، الجزء الأول، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية.

الصراف، عباس وحزبون، جورج (1985). **المدخل إلى علم القانون**، عمان الجامعة الأردنية.

عبد الباقي، عبد الفتاح (1984). **العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، دار النهضة العربية، القاهرة.

عبد الدايم، حسني محمود (2008). **العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

عبد الرحمن، حمدي (1999). **الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.

عبد السلام، سعيد (1992). **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، الولاء للطبع والتوزيع، شبين الكوم.

عبد الفتاح، عزمي (1983). **تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية**، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي.

عمر، نبيل إسماعيل (2008). **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)**، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

العوجي، مصطفى (بلا سنة). **القانون المدني، الجزء الأول**، العقد، بيروت.

فرج، توفيق (1981). **المدخل للعلوم القانونية**، منشأة المعارف، الإسكندرية.

فرج، توفيق (1988). **النظرية العامة لالتزام، مصادر الالتزام**، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، بيروت.

فودة، عبد الحكيم (1985). **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، منشأة المعارف، الإسكندرية.

مرسي، محمد كامل (1952). **العقود المسماة**، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية، مصر.

مرقص، سليمان (1987). **الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، نظرية العقد والإرادة المنفردة**، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية.

ناصيف، إلياس (2009). **العقـــود الدوليـــة، العقــد الإلكترونـــي فـــي القـــانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

الناهي، صلاح الدين (1950). **الوجيز في النظرية العامـــة للالتزامـــات، بحـــث موازن بين أحكام المعاملات المالية الشرعية والمدنية المرعية في بـــلاد الجامعة العربية**، محكمة المرحوم فؤاد عبد الهادي، عمان.

المعاجم اللغوية

ابن منظور , جمال الدين محمد بن مكرم (1375 هـ). **لسان العرب**، دار بيروت للطباعة والنشر.

الفيروز أبادي، مجد الدين أبو الطاهر، محمد بـــن يعقـــوب (1998). **القـــاموس المحيط**، مؤسسة الرسالة، بيروت.

ثانياً: الرسائل والأبحاث:

1- **الرسائل:**

بلخضر، مسعودة (2006). **الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية.

بن حديد، إبراهيم (2005). **السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية.

التميمي، فتحي ماجد محمد (2010). **دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا.

الخطيب، محمد (1992). **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري مقارنة بالفقه الإسلامي**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس.

خوالدة، أحمد مفلح (2007). **شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة بين القانونين المدني الأردني والمدني المصري**، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا.

السباتين، خالد محمد (2001). **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين.

السعدي، محمد صبري (1977). **تفسير النصوص في القانون الخاص والشريعة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

السلايطة، غازي عايد (2005). **سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة.

الصرمي، يحيى رزق (1995). **سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس.

عرب، سلامة فارس (1999). **وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية**، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية.

الفزاري، حسبو (1979). **أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية**، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة، الإسكندرية.

لعشب، محفوظ بن حامد (1998). **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق.

معوض، فؤاد محمود (2004). **دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي**، مع الإشارة لموقف القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية.

المقابلة، وفيق علي (1994). **قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والاستثناءات التي ترد عليها، رسالة ماجستير**، الجامعة الأردنية.

المقاطي، محسن بن ناصر (2010). **دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية.

2- الأبحاث:

أبو عرابي، غازي (1998). **سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون**، مجلد 25 العدد1، الجامعة الأردنية.

أبو عرابي، غازي (2009). **حماية رضا المستهلك، دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك العربي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون**، مجلد رقم 36 العدد 1 الجامعة الأردنية.

الصدة، عبد المنعم فرج (1996). **عقد الإذعان في القوانين المدنية العربية الحديثة، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون**، العدد الأول، كلية شرطة دبي.

عقل، ذياب والعمري، محمد (2008). **السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشريعة، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون**، مجلد رقم 35 العدد 2، الجامعة الأردنية.

مدغمش، جمال ودحمان، يحيى (2004). **موسوعة شرح القانون المدني الأردني، المركز القانوني الاستشاري**، الجزء الخامس.

ثالثاً: القرارات والقوانين والتشريعات:

المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني.

مجلة الأحكام العدلية.

القانون المدني الأردني.

القانون المدني المصري.

القانون المدني العراقي.

القانون المدني الإماراتي.

القانون المدني السوري.

القانون المدني اللبناني.

قانون الاستهلاك الفرنسي.

قرارات محكمة التمييز الأردنية.

قرارات محكمة النقض المصرية.

نظام الاتحاد الأردني لشركات التأمين.

عقد إجارة منتهية بالتمليك (عقار)

فيما بين :

١- البنك – ويشار إليه لمقاصد هذا العقد – بالمؤجر "الفريق الأول"

٢- السيد/السادة : رقم الوطني – ويشار إليه لمقاصد هذا العقد – بالمستأجر "الفريق الثاني"

عنوان السكن :

المدينة	الحي :	شارع :
رقم المبنى :	رقم الشقة :	هاتف أرضي :
هاتف خلوي :	فاكس :	بريد إلكتروني :
صندوق بريد :	الرمز البريدي :	المنطقة :

٣- السيد/السادة : – ويشار إليه لمقاصد هذا العقد – بالمورد "الفريق الثالث"

عنوان السكن :

المدينة :	الحي :	شارع :
رقم المبنى :	رقم الشقة :	هاتف أرضي :
هاتف خلوي :	فاكس :	بريد إلكتروني :
صندوق بريد :	الرمز البريدي :	المنطقة :

٤- السيد/السادة : – ويشار إليه لمقاصد هذا العقد – بالكفيل "الفريق الرابع"

عنوان السكن :

المدينة :	الحي :	شارع :
رقم المبنى :	رقم الشقة :	هاتف أرضي :
هاتف خلوي :	فاكس :	بريد إلكتروني :
صندوق بريد :	الرمز البريدي :	المنطقة :

السيد/السادة : – ويشار إليه لمقاصد هذا العقد – بالكفيل "الفريق الرابع"

عنوان السكن :

المدينة :	الحي :	شارع :
رقم المبنى :	رقم الشقة :	هاتف أرضي :
هاتف خلوي :	فاكس :	بريد إلكتروني :
صندوق بريد :	الرمز البريدي :	المنطقة :

المقدمة :

بما أن الفريق الثاني قد تقدم بتاريخ ، إلى الفريق الأول بطلب لشراء العين الموصوفة أدناه وتأجيرها له ، من السادة والذي يعرف لغايات هذا العقد بالمورّد:

البيان	الشرح
نوع العقار	قطعة ارض
مساحة العقار	
مالك العقار	
رقم العقار	
إسم ورقم الحوض	
موقع العقار	
وصف العقار	قطعة ارض

وحيث أن الفريق الأول قد وافق على شراء العين الموصوفة بناءً على وعد الفريق الثاني له بإستئجارها منه إجارة منتهية بالتمليك لمدة ( ) شهراً ( ) ، وبحيث تنتقل ملكيتها للفريق الثاني بعد إنتهاء مدة الإجارة وفقا لشروط العقد بعد سداد بدل الإجارة المتفق عليه لكل سنة إيجارية وصولاً إلى سداد كامل قيمة العين المؤجرة بالإضافة للعوائد المتفق عليها.

فقد تم الإتفاق بين الفريقين وهما بكامل أهليتهما القانونية على ما يلي :

١. تعتبر مقدمة هذا العقد جزءاً لا يتجزأ منها.

٢. إيفاء بالغايات المقصودة بهذا العقد يكون للعبارات التالية المعاني المخصصة لها أدناه إلا إذا دلت القرينة على خلاف ذلك:

مــــــدة التأجيـــــــر : هي المدة المحددة لتأجير العين المؤجرة المتفق عليها مع المستأجر.

تاريخ انتهاء الإجـــــارة : نهاية السنة الايجارية ضمن المدة المتفق عليها ، بحيث يكون للمستأجر خيار التجديد و/أو التملك بعد سداد الرصيد.

بــــــدل الإجـــــارة : هي قيمة الأجرة المتفق عليها (والمتكونة من سداد جزئي لقيمة الأصل مضافا إليه عائد الإجارة) عند توقيع العقد مع المستأجر لمدة التأجير المذكورة آنفاً بحيث تجدد الأجرة سنوياً للسنوات اللاحقة للعقد ، وفقاً للمحددات الواردة في العقد.

الهـــــامش الثابـــــت : هو الجزء الثابت المتفق عليه من نسبة عائد الإجارة.

الهـــــامش المتغيـــــر : هو الجزء المتغير من نسبة عائد الإجارة ويحدد إعتماداً على مؤشر عائد الإقراض الدارج في البنوك الأردنية المحلية (الجودبير).

نسبة عائـــــد الإجـــارة : هو الهامش الثابت مضافا إليه الهامش المتغير.

العيــــــن المؤجـــرة (المأجـــــــــور) : كل مال منقول أو غير منقول مما يتحقق الإنتفاع به بإستعماله مراراً مع بقاء عينه ولا يشمل النقود أو الأوراق التجارية أو الأوراق المالية.

٣. يقر الفريق الثاني أنه إطلع على النظام الأساسي للفريق الأول والقائم على أساس إجتناب الربا أخذاً أو إعطاءاً ويلتزم بذلك في تل... موضوع هذا العقد.

٤. بناء على طلب الفريق الثاني سيقوم الفريق الأول بشراء العين الموصوفة في مقدمة هذا العقد من المورّد.

٥. بعد تملك الفريق الأول للعين وبناء على وعد الفريق الثاني بالاستنجار يلتزم الفريق الثاني بتوقيع عقد اجارة مع الفريق الأول وفق شروط وبنود هذا العقد.

٦. يلتزم الفريق الثاني بتسلم العين من الفريق الأول بموجب محضر استلام وتسليم المرفق أدناه ، أو يفوض الفريق الأول المورد خطيا بتسليم العين للعميل مباشرة بعد قبضها من المورد ، وفقاً لطريقة التسليم التي يتم الاتفاق عليها بين الفريقين.

٧. **مع مراعاة ما ورد في البندين (٥، 6) أعلاه ولكون الفريق الثاني** قام بمعاينـــة العـــين التـــي تـــم شـــراؤها ، وحيـــث أن المـــورد يـــضمن العيوب الخفية التي قد تظهر في العين مهما كان نوع أو تسمية هذا العيب فإن الفريق الثاني يقبـــل قبـــولا نهائيـــاً وباتـــاً الرجـــوع بالـــضمان على المورد مباشرة والحصول على التعويض . وبناء عليه فإنه ليس للفريق الثاني أي حـــق فـــي الرجـــوع بالـــضمان علـــى الفريـــق الأول في أي مطالبة أو ادعاء قد ينشأ مستقبلا بعد تسلم الفريق الثاني للعين ويلتزم الفريق الثاني عند حصوله على التعويض مـــن المـــورد بتـــسليمه إلى الفريق الأول و/أو أن يفوض الفريق الأول بقبضه من الجهة المعنية بدفع التعويض لإستيفاء حقه من الأقساط المتبقية من القيمة الإيجاريـــة و/أو الثمن.

٨. إن شروط عقد الإجارة موضوع هذا العقد هي :

أولاً : مدة التأجير سنة واحدة قابلة للتجديد على مدى (١٢٠) شهرا مائة وعشرون شهراً تقسم على (١٠) سنة عشرة سنة إيجارية لغايات إحتساب عائد الإجارة ، وتبدأ إعتباراً من تاريخ تسليم العين المؤجرة المثبت في ملحق محضر الإستلام ، وتحتسب سنويا وتدفع الأجرة السنوية بموجب ملحق بدل الإجارة السنوي المرفق مع هذا العقد ووفقاً للأسس التالية:

أ- يكون الحد الأدنى للهامش المتغير (٤.٧٥)%.

ب- نسبة عائد الإجارة للسنة الأولى بمعدل (٧.٥)% من أصل قيمة التمويل علما بأن الهامش المتغير عند تحديد نسبة عائد الإجارة للسنة الأولى كان (٣.٥)% والهامش الثابت المتفق عليه هو (٤)%.

ج- يتم تجديد وتعديل نسبة عائد الإجارة سنوياً بالزيادة أو النقصان إعتماداً على سعر الجوديبر في يوم التجديد شريطة أن لا يقل السعر عن الحد الأدنى للهامش المتغير.

ثانيـــــــــاً : **يلتزم الفريق الثاني بأن يؤدي الى الفريق الأول بدل الإجارة المتفق عليها في المواعيد المحددة لها في الملحق رقم (٢)** من هذا العقد والتي تكون متتالية الدفع ولحين إنتهاء جميع الأقساط ، وفي حال فسخ العقد و/أو تعثر و/أو تخلف الفريق الثاني عن الوفاء بإلتزاماته و/أو عدم دفع أي قسط في موعد الإستحقاق **يصبح إجمالي الالتزامات للسنة الإيجارية مستحقة بالكامل** ولو لم ينتفع الفريق الثاني بالعين المؤجرة ، وفي جميع الحالات لا يجوز للفريق الثاني حجز أو حسم أي مبلغ من الأجرة بسبب أي ضريبة أو مطالبة أو أمر آخر ، ويلتزم الفريق الثاني بجبر الضرر المادي اللاحق بالعين المؤجرة والناتج عن إستعماله لها لصالح الفريق الأول ، كما يلتزم الفريق الأول بأن يَرُد للفريق الثاني ما يوازي حصته في العين المؤجرة الذي بيعت به بعد حسم أية مبالغ يكون الفريق الأول قد دفعها عن الفريق الثاني أو إستحقت أو قد تتحقق له بموجب أي إلتزام آخر على الفريق الثاني إتجاه الفريق الأول بصرف النظر عن منشأه وتعتبر حقوق الفريق الثاني الناتجة له عن هذا العقد ضمانة لأية إلتزامات تتحقق عليه إتجاه الفريق الأول سواءً بصفته الشخصية أو بصفته كفيلاً للغير.

ثالثـــــــاً : تظل العين المؤجرة مسجلة باسم الفريق الأول بموجب هذا العقد حتى يتم نقل تسجيلها الى الفريق الثاني وفق أحكام هذا العقد، ويتعهد الفريق الثاني بأن لا يقوم بنفسه أو يسمح لغيره طيلة فترة الإجارة بأي عمل من شأنه المساس بحق الفريق الأول فيها أو تعريضها للخطر اذ تكون العين المؤجرة امانة في يده يضمن ما يلحقها من نقص أو تلف أو فقدان ناشئ عن تقصيره أو تعديه عليها ، وعليه أيضاً المحافظة عليها محافظة الشخص العادي ، ولا يجوز له التجاوز في الاستعمال حدود المنفعة المتفق عليها في هذا العقد ، وأن يستعملها الاستعمال المتعارف عليه قانوناً وعرفاً فإذا تجاوز ذلك الحد فانه يكون ضامنا لما يصيب حصة الفريق الأول في العين المؤجرة من أضرار ، وإذا هلكت العين المؤجرة دون تعد أو تقصير من جانب الفريق الثاني فتكون تبعة الهلاك على الفريقين بحسب حصصهما.

رابعـــــــاً : يوافق الفريق الثاني على أن تلصق على العين المؤجرة لوحة ظاهرة تشير إلى ملكية الفريق الأول لهذه العين وأنها مؤجرة إلى الفريق الثاني وذلك طيلة مدة التأجير.

خامســـــاً : يلتزم الفريق الثاني بالإبقاء على العين المؤجرة خلال فترة الإجارة في حيازته وحفظه وأن يقوم بإستخدامها للغاية المخصصة لها ، ولا يجوز له إحداث أية تغييرات جوهرية عليها أو إستبدال أي جزء أساسي منها إلا بموافقة خطية مسبقة من الفريق الأول كما لا يجوز له إستعمالها إستعمالاً مخالفاً للشرع وللعرف وللنظام العام.

سادســـــاً : يلتزم الفريق الثاني بصيانة العين المؤجرة والانتفاع بها (حسب واقع الحال) وفق ما يلي :

١- أن يقوم على نفقته الخاصة وطيلة مدة التأجير بصيانتها وإصلاحها وتبديل ما يتعطل أو يستهلك أو يتلف من أجزائها نتيجة الانتفاع بها ، وأن يكون إصلاحها من قبل أشخاص ذوي خبرة بهذا الشأن.

٢- أن يقوم على نفقته الخاصة بالحصول على التصاريح والتراخيص اللازمة من الجهات ذات العلاقة للانتفاع بها.

٣- أن يقوم على نفقته الخاصة ووفق متطلبات القانون بتركيب وإضافة أي أدوات أو معدات تتطلبها السلامة العامة.

سابعـــــــــاً : يتحمل الفريق الثاني مسؤولية التقصير في صيانة العين المؤجرة ويلتزم بما يلي:

١- أن يعوض الفريق الأول عن جميع المطالبات و/أو الدعاوى التي قد يتعرض لها الفريق الأول نتيجة أي ضرر أو خسارة أو إصابة قد تلحق به وتنشأ عن حيازة أو انتفاع أو نقل الفريق الثاني للعين المؤجرة.

٢- أن يتحمل المسؤولية المدنية والجزائية الناتجة عن الأضرار التي تسببها العين المؤجرة للغير سواء كانت أضراراً مادية أو جسدية.

ثامنـــــــــاً : يحظر على الفريق الثاني دون موافقة خطية مسبقة من الفريق الأول ما يلي:

١- القيام بإجارة العين المؤجرة للغير أو رهنها أو انشاء أي حق عيني آخر عليها أو بيعها أو بيع اجزاء منها و/أو أن يسمح لأي شخص بأن ينشئ على أي جزء منها رهناً أو حق حبس و/أو أن يتخلى عن حيازتها.

٢- في حال موافقة الفريق الأول الخطية على إجارة العين المؤجرة للغير فإنه يكون للفريق الثاني حق ممارسة كافة صلاحيات الفريق الأول في المطالبة بالأجور وإقامة دعاوى الإخلاء وتوجيه الإقرارات وتوكيل المحامين ومراجعة المحاكم بكل ما هو متعلق بهذا العقد.

تاسعـــــــــاً : يجب التأمين الشامل على العين المؤجرة طيلة فترة الإجارة وفق الشروط التالية:

١- يقوم الفريق الأول بالتأمين على العين المؤجرة تأميناً شاملاً ومغطياً جميع الأخطار والأضرار والخسائر التي تنجم عن الحريق و/أو السرقة و/أو الفيضان و/أو الزلازل والاعاصير و الحوادث وأية أخطار يتم التأمين ضدها لدى شركات التأمين الإسلامية ، وبقيمة لا تقل عن دينار وعلى ان يكون المستفيد من البوليصة الفريق الأول.

٢- يلتزم الفريق الثاني بما يلي:

أ- أن يشعر الفريق الأول بأي حادث أو ظرف قد يقع على العين المؤجرة ينشأ عنه حق مطالبة لشركة التأمين ، ولا يجوز للفريق الثاني عمل أي تسوية مع شركة التأمين أو إسقاط أي حق للفريق الأول.

ب- التقيد التام بشروط بوليصة التأمين واحكامها وعدم القيام باي عمل من شأنه مخالفة شروط التأمين بما يسمح أو يعطي لشركة التأمين الحق بإلغاء البوليصة أو اعفائها من المسؤولية عن أي حادث ، وفي حالة مخالفته لتلك التعليمات يعتبر مسؤولاً امام الفريق الأول عن كل ما يلحق بالفريق الأول من أضرار.

عاشـــــــــراً : يلتزم الفريق الأول عند نشوء حادث يؤدي إلى هلاك العين المؤجرة وحصوله على تعويض من شركة التأمين بما يلي:

١- إذا كان مبلغ التعويض الذي حصل عليه الفريق الأول يزيد عن رصيد الإجارة و/أو التكاليف الأخرى فللفريق الأول رد مقدار الزيادة الى الفريق الثاني.

٢- إذا كان مبلغ التعويض الذي حصل عليه الفريق الأول ينقص عن رصيد الإجارة و/أو التكاليف الأخرى فللفريق الأول الحق بالرجوع على الفريق الثاني بالفرق ودون انتقاص من تلك الحقوق إذا كان الهلاك ناتجاً عن تقصير أو تعد من الفريق الثاني ، أما إذا كان الهلاك دون تعد أو تقصير من الفريق الثاني فلا يحق للفريق الأول المطالبة بالفروقات.

الحادي عشـــــر : يوافق الفريق الثاني على قيام الفريق الأول و/أو موظفيه و/أو أي شخص مفوض من قبله بفحص العين المؤجرة بعد التنسيق مع الفريق الثاني للتأكد من سلامتها ولإجراء فحص الصلاحية اللازمة عليها وحسب ما يقرره الفريق الأول.

الثانـــي عشـــر : يجوز تحويل عقد الإجارة أوالتنازل عنه وفق ما يلي :

١- للفريق الأول تحويل عقد الإجارة أو التنازل عنه الى مؤجر آخر دون حاجة الى موافقة الفريق الثاني، وعلى الفريق الأول إشعار الفريق الثاني بالتحويل أو التنازل قبل إجرائه بمدة لا تقل عن (١٥) يوماً ، ويترتب على التحويل أو التنازل انتقال حقوق الفريق الأول إلى المؤجر الجديد المحال له العقد غير منقوصة ولا يترتب على هذا التحويل أو التنازل أي إنتقاص من حقوق الفريق الثاني.

٢- للفريق الثاني بعد الحصول على موافقة الفريق الأول التنازل عن العقد الى مستأجر آخر ويكون الفريق الثاني وكفيله كفلاء متضامنين للمتنازل اليه في تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن هذا العقد ويلتزم المتنازل اليه بأداء الأجرة المستحقة بموجب هذا العقد الى الفريق الأول مباشرة عند إخطاره بموافقة الفريق الأول على التنازل.

الثالث عشر : يحق للفريق الأول فسخ أو إنهاء وتصفية عقد الإجارة وفق أحكام قانون التأجير التمويلي، بالإضافة للحالات التالية:

١- مخالفة الفريق الثاني و/أو الامتناع عن تنفيذ أي من التزاماته الواردة في هذا العقد وملاحقه.

٢- إذا لم يقم الفريق الثاني بدفع الاجرة المتفق عليها أو أي قسط من الأقساط المستحق الدفع في المواعيد المحددة لها بموجب هذا العقد وملاحقه.

٣- في حال صدور قرار بشهر إفلاس الفريق الثاني أو إعساره ، إلا إذا قام وكيل التفليسة بإشعار الفريق الأول خلال (٣٠) يوماً من شهر الإفلاس أو الإعسار برغبته في إستمراره بالعقد بشروطه السابقة وأداء بدل الإجارة في تواريخ إستحقاقها وفي جميع الحالات لا تدخل العين المؤجرة ضمن أموال التفليسة أو الضمانة العامة للدائنين.

٤- **في حالة وفاة الفريق الثاني أو فقدانه لأهليته وعدم إلتزام الورثة أو خلفه بسداد وتنفيذ إلتزاماته الناشئة عن هذا العقد أو بسببه أو تصفيته وفق القوانين المرعية.**

٥- **أي مخالفة جوهرية أخرى لعقد التأجير أو التشريعات النافذة ، سواءً أكانت مقصودة أو غير مقصودة.**

٦- إذا كان الفريق الثاني شخصاً إعتبارياً وجرى حله أو تصفيته على أن لا يؤثر ذلك على أي حق للفريق الأول منصوص عليه في هذا العقد.

الرابع عشر : **في حال رغبة الفريق الثاني فسخ عقد الإجارة وممارسة خيار التملك فإنه يتحمل أية رسوم و/أو مصاريف و/أو طوابع تترتب على ممارسة خيار التملك شاملاً ما قد يترتب على الفريق الأول من رسوم بصفته بائعاً.**

الخامس عشر : يلتزم الفريق الأول بعد أداء الفريق الثاني ثمن العين المؤجرة و/أو دفع كامل أقساط الإجارة و/أو التكاليف الأخرى وأي إلتزامات متبقية في ذمة الفريق الثاني لمصلحة الفريق الأول بصرف النظر عن منشأها بتمليك الفريق الثاني العين المؤجرة حسب القانون.

السادس عشر : من المتفق عليه بأن التزامات الفريق الثالث بكفالة المصنعية وصيانة العين المؤجرة بموجب عقد الصيانة يتم تحويلها للفريق الثاني بموجب هذا العقد دون إخلال بحق الفريق الأول بالمطالبة بإلتزام الفريق الثالث بصيانة العين المؤجرة حسب فاتورة الشراءِ أو طلب الشراء أو أي مستند صيانة آخر.

إلسابع عشر : في حال عدم قيام الفريق الأول بإستعمال أي حق من حقوقه الناشئة عن هذا العقد أو عدم التمسك بأي منها أو تأخره بذلك ، فإنه لا يجوز أن يعتبر ذلك إخلالا بهذا العقد و/أو أن يفسر على انه تنازل عنه.

الثامن عشر : يخضع هذا العقد للقيد والتسجيل لدى الجهات المختصة ذات العلاقة اذا تطلب القانون القيد والتسجيل ، وتكون لهذا العقد صفة السند الرسمي من تاريخ القيد في السجل الخاص ويتم تنفيذه مباشرة لدى دوائر الاجراء بواسطة كاتب العدل.

التاسع عشر : يقر الفريق الثاني بأن دفاتر الفريق الأول وقيوده وحساباته تعتبر بينة لاثبات المبالغ المستحقة ، أو التي تستحق عليه للفريق الأول بموجب هذا العقد مع ما يلحقها من عمولات ومصاريف، وتعتبر الكشوفات المنسوخة عن تلك الدفاتر والحسابات والمصادق عليها من الفريق الأول بمطابقتها للاصل بينة كافية لاثبات مديونية الفريق الثاني.

العشرون : يلتزم الفريق الثاني بدفع كافة الرسوم والضرائب مهما كان نوعها والمترتبة على نقل ملكية العين المؤجرة وتسجيلها وتوثيق الاتفاقية لدى الدوائر المختصة مهما بلغت هذه الرسوم أو الضرائب ، كما يلتزم الفريق الثاني بدفع أية رسوم أو ضرائب قد تفرض على العين المؤجرة بعد توقيع هذا العقد ، سواء المتعلقة بنقل الملكية للبنك و/أو التوثيق السابقة كما يلتزم الفريق الثاني بدفع كافة الضرائب والرسوم التي تتحقق على العين المؤجرة سنويا مهما كان نوعها أو تسميتها ، وعلى الفريق الثاني تزويد الفريق الأول بإيصالات الدفع خلال شهر من تاريخ دفعها وفي حالة تخلف الفريق الثاني عن دفعها فللفريق الأول دفعها دون أي التزام والرجوع بها على الفريق الثاني و/أو قيدها على حسابه لديه وفي جميع الحالات لا يكون الفريق الأول ملزماً بنقل ملكية المأجور للفريق الثاني الا بعد قيامه بتسديد كافة الالتزامات المتحققة على العين المؤجرة المؤجرة سواء كانت اقساط إجارة أو ضرائب أو رسوم.

: في حال توقيع هذا العقد من قبل اكثر من شخص واحد كفريق يكون جميع الموقعين عليه مسؤولين بالتضامن والتكافل منفردين ومجتمعين تجاه الفريق الأول عن كل ما ورد في هذا العقد وملاحقه بما فيه تسديد المبالغ المطلوبة بموجب هذا العقد كل حسب إلتزاماته.

الثانـــي والعشرون : يكفل الفريق الرابع الفريق الثاني كفالة مطلقة وعلى وجه التضامن والتكافل في كل ما يتعلق بهذا العقد والإلتزامات المترتبة عليه، كما ويقر الفريق الرابع بأن كفالته التضامنية للفريق الثاني هي كفالة مستمرة وتسري على ملاحق هذا العقد بجميع شروطه وأحكامه وذلك بعد توقيعها من الفريق الثاني حتى ولو لم تكن تلك الملاحق غير موقعة من الفريق الرابع حيث تعتبر موقعة من الفريق الرابع حكماً ما لم يوافق الفريق الأول على إلغاء تلك الكفالة خطياً.

الثالـــث والعشرون : كل طلب أو إخطار أو اشعار يوجهه أي فريق الى الفريق الاخر بموجب هذا العقد يجب أن يكون خطياً ، ويعتبر كل طلب أو اشعار أو اخطار صادر عن الفريق الأول بحكم المبلّغ قانونيا بمجرد ارساله في البريد العادي أو المسجل أو تسليمه باليد الى العنوان المختار لأي منهما والى آخر عنوان معروف لهما ، أو تسليمه الى أي فرد من الافراد في حال تعدد الأفراد في كل فريق اذ يعتبر بأنه ارسل لجميعهم ولكل واحد منهم، ويسري بحق الفرقاء بمرور أسبوع على صدوره.

الرابـــع والعشرون : **إذا كان الفريق الثاني شركة أو محلاً تجارياً فإن كفالة أي جهة أو شخص تبقى نافذة المفعول ككفالة دائمة مستمرة بغض النظر عن أي تغيير أو تعديل في عقد الشركة أو نظامها أو اسمها أو أعضائها أو أفرادها أو شكلها القانوني.**

الخامس والعشرون : يفوض الفريق الثاني الفريق الأول بتسديد/حجز القسط الشهري من الراتب حال وروده.

السادس والعشرون : يصرح الفريق الثاني والكفيل بغية تنفيذ ما تم التعهد به بموجب هذا العقد أنهما إختارا محل إقامة لهما كما هو محدد في بداية العقد ، ويسقطان حقهما في إثارة أي دفع يتعلق بعدم الصلاحية المكانية لأي محكمة يختارها الفريق الأول للفصل في أي نزاع أو ادعاء ينشأ عن هذا العقد وما يتصل به ويسقطان حقهما مقدماً على صلاحية وإختصاص المحكمة التي يختارها الفريق الأول.

السابع والعشرون : تسري أحكام القانون المدني وقانون التجارة وقانون التأجير التمويلي (المنتهي بالتمليك) الساري المفعول والأنظمة المرعية الأخرى المعمول بها في المملكة الأردنية الهاشمية على هذا العقد وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

الثامن والعشرون : تكون محاكم عمان النظامية هي المختصة دون سواها بالفصل في أي نزاع أو طلبات أو دعاوي قد تنشأ عن هذا العقد.

التاسع والعشرون : يعتبر وعد الإجارة الموقع من الفريق الثاني وجميع الملاحق المرفقة جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد .

الثلاثـــــــــون : نظم هذا العقد على نسختين أصليتين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية بتاريخ . الموافق م ويسقط الفريق الثاني حقه في الادعاء بكذب الإقرار و/أو أي دفع شكلي و/أو موضوعي ضد ما جاء في هذا العقد ، ولا يعتبر هذا العقد نافذاً إلا بتاريخ إيداعه لدى الجهات الرسمية ذات العلاقة .

الفريق الرابع "الكفيل"	الفريق الثالث "المورد"	الفريق الثاني "المستأجر"	الفريق الأول "المؤجر"

ملحق رقم (١)

السنة (   )

بدل الإجارة السنوي

الرقم	تاريخ القسط	قيمة القسط/الشهري
١	٢٠١١/	دينار
٢	٢٠١١/	دينار
٣	٢٠١٢/	دينار
٤	٢٠١٢/	دينار
٥	٢٠١٢/	دينار
٦	٢٠١٢/٠	دينار
٧	٢٠١٢/٠	دينار
٨	٢٠١٢/٠	دينار
٩	٢٠١٢/٠	دينار
١٠	٢٠١٢/٠	دينار
١١	٢٠١٢/	دينار
١٢	٢٠١٢/	دينار

تبدأ الإجارة بتاريخ   لمدة ( ) شهراً اثني عشر شهراً ، وتكون بداية دفع الأقساط إعتباراً من٠ / ,   كما هو مبين أعلاه ، ويجدد هذا الملحق سنوياً طيلة مدة الإجارة وبالأجرة التي سيتم إحتسابها بناءاً على المعادلات المتفق عليها في هذا العقد وملاحقه ، ويعتبر أي ملحق يوقع فيما بعد جزء لا يتجزأ من هذا العقد وهكذا حتى نهاية مدة الإجارة المتفق عليها وإستيفاء اجمالي كلفة العين المؤجرة المدفوع من البنك البالغ (   ) و/أو عند فسخ العقد لأي سبب من الأسباب ، علماً بأن الكلفة الإجمالية للعين المؤجرة تشمل الثمن المدفوع للعين المؤجرة ، وأية تكاليف أخرى يدفعها البنك لتاريخ تسليم العين المؤجرة إلى المستأجر .

العميـــــل :   الكفيـــــل :

التوقيـــع :   التوقيـــع :

ملحق رقم (٢)

المشروع/الموقع/الموضوعة فيه العين المؤجرة (عقار)

البيان	الشرح
نوع العقار	
مساحة العقار	
مالك العقار	
رقم العقار	
إسم ورقم الحوض	
موقع العقار	
وصف العقار	

قطعة ارض

العميــــل :　　　　الكفيــــل :

التوقيــــع :　　　　التوقيــــع :

وعد بالإجارة المنتهية بالتمليك / (عقار)

التاريخ :   /   /٢٠١١

السادة/البنك

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ،،،

نعلمكم أننا بحاجة إلى العين الموصوفة تالياً :

البيان	الشرح
نوع العقار	قطعة ارض
مساحة العقار	
مالك العقار	
رقم القطعة	
إسم ورقم الحوض	
رقم سند الملكية	
موقع العقار	
وصف العقار	

وبناء عليه فإننا نطلب إليكم شراءها من المورد ـ ، وتأجيرها لنا بعد أن تتملكوها وفق الشروط والأحكام المتبعة إجارة منتهية بالتمليك بعوض متناقص .

ونفوضكم بالقيد على حسابنا مبلغ (   ) دينار دينار ، ضماناً للجدية من قبلنا بالشراء ، على أن يتم تسديدها من أصل الثمن عند بداية الإجارة .

ونفوضكم بقيد أية رسوم أو مصاريف متعلقة بشرائكم من المورد و/أو ناتجة عن تملككم العين موضوع الإجارة ، وفي حال نكولنا عن إتمام عقد الإجارة نفوضكم بقيد قيمة كافة الأضرار التي لحقت بكم جراء هذا النكول وفق تقديركم .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ،،،

العميـــل :

التوقيـــع :

محضر تفويض بالتسليم
وإقرار بالاستلام

بتاريخ ٢٠١١ ، يفوض المالك البنك لمورد السادة/ ، بتسليم المستأجر/

العين المؤجرة الموصوفة في العقد ، وبعد المعاينــة والفحص لجميع أجزاء العين المؤجرة فقد أقر المستأجر بأنه عــاين العــين

المؤجرة الموصوفة معاينة نافية لأية جهالة واستلمها بصورة سليمة وخالية من أية عيوب ظاهرة أو خفية وأنه يسقط تجاه البنك أي دفع و/أو إعتراض وفي أي وقت من الأوقات بوجود عيوب ظاهرة أو خفية في العين المؤجرة موضوع الإجارة ، و/أو تحميل البنك أية مسؤولية عن تلك العيوب بعد أن تم معاينته للعين المؤجرة معاينة تامة ونافية للجهالة .

المورد	**المستأجر**
الإســم :	الإســم :
التوقيع :	التوقيع :